

Erlangen 1960

**Das Verhältnis der freiwilligen zur
streitigen Gerichtsbarkeit, eine
Frage der Zulässigkeit des
Rechtswegs oder der sachlichen
Zuständigkeit**

von

Helmut Weber
aus Waldmohr, Kr. Kusel

**Das Verhältnis der freiwilligen zur
streitigen Gerichtsbarkeit, eine Frage
der Zulässigkeit des Rechtswegs oder
der sachlichen Zuständigkeit**

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von
Helmut Weber
aus Waldmohr, Kr. Kusel

Approbiert am: 21. Januar 1960



Referent:

Professor Dr. K. H. SCHWAB

Dekan:

Professor Dr. H. SPANNER

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

I. Teil.

Seite:

DIE ALTERNATIVE FRAGESTELLUNG UND IHRE RECHTFERTIGUNG.

1. Kapitel: Die vertretenen Auffassungen über das Verhältnis der freiwilligen zur streitigen Gerichtsbarkeit

I.	Die herrschende Meinung: Unzulässigkeit des Rechtswegs	12
1.	Das FG-Gericht als Verwaltungsbehörde	12
2.	Die Tätigkeit des FG-Gerichts als materielle Verwaltung	13
3.	Die verfahrensrechtliche Verschiedenheit	14
4.	Verschiedene "Gerichtsbarkeiten"	15
II.	Scheinbare Annahme von sachlicher Unzuständigkeit	17
III.	Sachliche Unzuständigkeit	18
IV.	Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses	19
V.	Verschiedene Verfahrensarten	20

2. Kapitel: Ausscheidung der ausweichenden Lösungen

I.	Das Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses (Schönke)	21
1.)	Prozessuale Unterschiede zwischen Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses und Unzulässigkeit des Rechtswegs	21
2.)	Der begriffliche Unterschied zwischen beiden Prozessvoraussetzungen	22
II.	Verschiedene Verfahrensarten (Kern)	27
1)	Die Analogie zum Urkundenprozess	28
2)	Nämlichkeit der Gerichte ?	29

II. Teil.

DIE ANNAHME DER UNZULÄSSIGKEIT DES RECHTSWEGS.

3. Kapitel: Die "Zulässigkeit des Rechtswegs" als Rechtsschutzgarantie

1)	Der gemeinsame Zweck aller Rechtswegvorschriften	32
2)	§ 511 a Abs. 4 und § 547 Abs. 1 Ziff. 1	33
	ZPO gelten nicht bei <u>Bejahung</u> des Rechtswegs in der angefochtenen Entscheidung	

4. Kapitel: "Rechtsweg" als gerichtsverfassungsrechtlicher Begriff	
I. Keine Doppelbedeutung des Begriffs "Rechtsweg"	35
II. Die Einbeziehung der "Sondergerichte" in den Rechtsweg	36
III. Der Rechtsweg kann "jede andere Art der Gerichtsbarkeit" aufnehmen	39
IV. Der Rechtsweg wird durch weitgehende (landesrechtliche) Ergänzungen und Änderungen des Verfahrensrechts nicht berührt	41
V. Die Geltung des GVG für die freiwillige Gerichtsbarkeit	42
VI. Durch § 13 GVG wird die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht aus dem Rechtsweg ausgeschlossen	45
VII. § 17 GVG entscheidet über die Zugehörigkeit zum Rechtsweg	47
5. Kapitel: Die Möglichkeit der Verweisung im Hinblick auf den Streit über die Zulässigkeit des Rechtswegs	
A. Die Beziehung von Verweisung und Zulässigkeit des Rechtswegs im allgemeinen	
I. Die beiden Thesen:	
1. wo Zulässigkeit des Rechtswegs, da Verweisungsmöglichkeit	53
2. wo Verweisungsverhältnis, da sachliche Zuständigkeit	54
II. Die bestehenden Verweisungsmöglichkeiten	55
B. Die "Abgabe" zwischen FG-Gericht und Prozessgericht	
I. Die bestehenden Abgabemöglichkeiten	58
II. Das Dilemma der herrschenden Meinung	60
III. Die Abgabemöglichkeit bildet keine Schnittlinie durch den Gesamtbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit	62
6. Kapitel: Die Wirksamkeit von Ressortübergreifen	
I. Die Wirksamkeit von Ressortübergreifen im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverhältnis	66

- II. Die Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt

7. Kapitel: Das System der heutigen Rechtswege

- I. Der neue Rechtswegbegriff 74

- II. Die Zugehörigkeit der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Zivilrechtsweg 78

8. Kapitel: Die freiwillige Gerichtsbarkeit und der Begriff der "Rechtsprechung"

- 1) der "materielle Rechtsprechungsbegriff" 80

- 2) Die Streitentscheidungslehre 81

- 3) Die Unmassgeblichkeit der verfassungsrechtlichen Richtergarantie für die Rechtswegfrage 85

9. Kapitel: Besondere Berührungsflächen zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit

- I. Die Übergänge von ehemals streitiger Regelung zu nicht streitiger Regelung in bestimmten Angelegenheiten. 86

- II. Die Zuständigkeitsverschränkungen zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit 90

- 1) Die "gemeinsame" Zuständigkeit 90

- 2) Die "uneinheitliche" Zuständigkeitsverteilung 94

- 3) Die "Doppelzuständigkeit" 96

10. Kapitel: Die nichtstreitige Gerichtsbarkeit in anderen Zweigen der Gerichtsbarkeit 98

- 1) Das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren 99

- 2) Die allgemeine Schlussfolgerung für das Verhältnis von nichtstreitiger zu streitiger Gerichtsbarkeit innerhalb der Rechtswege 103

- 3) Nichtstreitige Gerichtsbarkeit im Straf- und Verwaltungsweg 103

III. Teil.

DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN STREITIGER UND FREIWILLIGER RICHTSBARKEIT ALS FRAGE DER SACHLICHEN ZUSTÄNDIGKEIT.

11. Kapitel: Die Formen der sachlichen Zuständigkeit in dem Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit 104

	Seite
1) Die angeblichen begrifflichen Hindernisse für die Subsumtion unter die sachliche Zuständigkeit	105
2) "Echte" sachliche Zuständigkeit	107
3) Nach den Grundsätzen der funktionellen Zuständigkeit abgewandelte sachliche Zuständigkeit	108
12. Kapitel: Die Anwendbarkeit der Vorschriften über sachliche Zuständigkeit auf die sachliche Zuständigkeit der FG-Gerichte	112
1) Vereinbarung der Zuständigkeit (§§ 38 - 40 ZPO)	112
2) Die "Einrede" der Rechtshängigkeit (§§ 263 Abs. 2 Ziff. 1, 274 Abs. 2 Ziff. 4 ZPO)	115
3) Die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das gemeinsame höhere Gericht (§ 36 Ziff. 5, 6 ZPO)	119
4) Die Behandlung der ausschliesslichen Zuständigkeit in der Berufungsinstanz (§ 528 S. 2 ZPO)	121
Ergebnis und Schluss	124

L I T E R A T U R

- ARNDT: Die ungeteilte Rechtsprechung. DRiZ 1950, 229 ff.
- BACHOF: Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit. ZZP 65, 1 ff.
- " Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz. SJZ 49, 377 ff.
- " Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes. SJZ 50, 161 ff.
- BÄRMANN: "Echtes Streitverfahren" in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. AcP 154, 373 ff.
- BARNSTEDT: Die Durchführung des Anspruchs auf Herausgabe von Kindern unter geschiedenen Ehegatten. MDR 50, 195 ff.
- BAUR: Freiwillige Gerichtsbarkeit. Tübingen 1955
- " Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit. DNotZ 55, 507 ff.
- " Sozialer Ausgleich durch Richterspruch. JZ 57, 193 ff.
- " Neuere Diskussionen über das Verhältnis von Justiz und Verwaltung. DRZ 49, 395 ff.
- BETTERMANN: Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform. 1949 (Prozessrechtliche Abhandlungen Heft 16)
- " Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung. Festschrift für Lent S. 17 ff.
- " Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt. MDR 49, 394 ff.
- BLOMEYER, Karl: Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozess. Festschrift für Hedemann, Jena 1938, S. 191 ff.
- " Abgrenzung von Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit; die Tagung der "Gemischten Kommission" in Göttingen am 17.10.51. MDR 52, 23 ff.
- BÖTTICHER: Verweisung des Rechtsstreits an die "Nachbargerichtsbarkeit" kraft Rechtsanalogie. JZ 56, 753 ff.

- BÖTTICHER: Regelungsstreitigkeiten. Festschrift für Lent,
S. 89 ff.
- BOSCH: Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit.
AcP n.F. Bd. 29, ganze Reihe Bd. 149, S. 32 ff.
- FRIESE: Das Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren
in Landwirtschaftssachen. JZ 53, 537 ff.
- FRIESENHAHN: Über Begriff und Arten der Rechtsprechung.
Festschrift für Thoma, S. 21 ff.
- HARTMANN: Zum § 13 GVG. AcP 109, 144 ff.
- HASTLER: Zur Frage der Verweisung von Rechtsstreitigkeiten
von Gericht zu Gericht. NJW 54, 1831 ff.
- HELLWIG: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts.
Leipzig 1909
- " System des deutschen Zivilprozessrechts.
Leipzig 1912
- HENSE: Die Grenze der Zuständigkeit zwischen ordentli-
chen Gerichten und Landwirtschaftsgerichten.
MDR 49, 665 ff.
- HOFACKER: Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsweg.
AcP 118, 281
- JACOBY: Ist das Vormundschaftsgericht eine Verwaltungs-
behörde oder ein Gericht? Diss. Heidelberg 1912
- JOSEF: Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichts-
barkeit. Berlin 1902
- " Zur Abgrenzung der Zuständigkeit des Vormund-
schaftsgerichts von der des Prozessgerichts.
ZBlFG 7, 853 ff.
- KERN: Gerichtsverfassungsrecht. (2. Auflage)
München und Berlin 1954
- LENT: Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit.
ZZP 66, 267 ff.
- " Freiwillige Gerichtsbarkeit. (2. Auflage)
München und Berlin 1954
- " Zivilprozessrecht. (9. Auflage) München und Berlin
1959

- MEISS: Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Karlsruhe 1953
- MÜLLER, Hanswerner: Die Verfahrensverweisung, insbesondere in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. ZZP 67, 1 ff.
- MENGER: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Tübingen 1954
- MÜNDEL: Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozess in der neueren Entwicklung. ZZP 66, 334 ff.
- NAUMANN: Rechtsweg, Gerichtswege, Kompetenzkonflikt. JZ 51, 204 ff.
- NIKISCH: Zivilprozessrecht. (2. Auflage) Tübingen 1952
- PAGENSTECHE: Unzulässigkeit des Rechtswegs oder sachliche Unzuständigkeit? JW 38, 2253 ff.
- POHLE: Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis. Festschrift für Lent S. 195 ff.
- PRITSCH: Sind die "Landwirtschaftsgerichte" der britischen Zone Sondergerichte? MDR 50, 2 ff.
- ROSENBERG: Die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs. Festschrift für Lent S. 237 ff.
- " Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. (7. Auflage) München und Berlin 1956
- SCHÖNKE, A.: "Das Rechtsschutzbedürfnis". AcP 150, 216 ff.
- " Zivilprozessrecht. Lehrbuch. (8. Auflage) von H. Schröder u. W. Niese, Karlsruhe 1956
- SCHRODT: Kindesherausgabe zwischen in Scheidung lebenden bzw. geschiedenen Ehegatten. SJZ 50, 227 ff.
- SCHWAB: Der Streitgegenstand im Zivilprozess, München und Berlin 1954
- SIGLOCH: Zur vindicatio filii. AcP 154, 243 ff.
- SPINDLER: Die Verwirklichung des Anspruchs auf Herausgabe eines Kindes. AcP 155, 519 ff.
- TIEDAU: Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg. ZZP 64, 407 ff.

ULE: Das Bonner Grundgesetz und die Justiz. DRiZ 50, 225 ff.

Die Kommentare zur ZPO von Stein-Jonas-Schönke (18. Auflage 1952/58),
Wieczorek, Baumbach-Lauterbach (25. Auflage 1958).

Zum FGG von Schlegelberger (7. Auflage 1956), Keidel (7. Auflage 1959),
Weissler (1900).

Zum ArbGG von Dersch-Volkmar (6. Auflage 1955), Dietz-Nikisch (1954).

Abkürzungen:

AcP = Archiv für zivilistische Praxis
DNotZ = Deutsche Notar-Zeitschrift
DRZ = Deutsche Rechtszeitschrift
DRiZ = Deutsche Richterzeitung
JW = Juristische Wochenschrift
JZ = Juristenzeitung
MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW = Neue Juristische Wochenschrift
SJZ = Süddeutsche Juristenzeitung
ZBIFG = Zentralblatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit
ZZP = Zeitschrift für Zivilprozess

E I N L E I T U N G

Die freiwillige Gerichtsbarkeit hat hauptsächlich in der jüngeren Zeit eine ständige Erweiterung ihres Bereiches und damit eine wachsende Bedeutung innerhalb der Rechtspflege erfahren. In ihr schlägt sich der Wandel der sozialen Funktion der Rechtspflege mit der Entwicklung des modernen Staates nieder, der nicht mehr allein obrigkeitlich handelt, sondern sich auch zum Ziele der "Daseinsvorsorge" in steigendem Masse um die privaten Angelegenheiten der Bürger annimmt. Der FG-Richter hat eine vielfach an die Stelle der Streitentscheidung getretene ausgleichende, schlichtende und vermittelnde Tätigkeit übernommen. Besonders die Erstreckung der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf zahlreiche streitähnliche Gegenstände haben es notwendig gemacht, das Verfahren auszubauen, die Herrschaft der Beteiligten über das Verfahren zu erweitern und das Verfahren an das Zivilprozessverfahren anzunähern.

Infolge der veränderten Stellung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Rechtspflege lässt sie sich in vielen Hinsichten nicht mehr unter das früher gebräuchliche Begriffsschema bringen. Deshalb wird auch die Frage der Abgrenzung zum Zivilprozess dringend und hieraus insbesondere die Frage, ob das Verhältnis noch als "Unzulässigkeit des Rechtswegs" beurteilt werden kann, wie es überwiegende Meinung ist. Von der Beurteilung dieser Frage hängt nicht allein die Anwendbarkeit einzelner ausdrücklich darauf bezogener Gesetzesbestimmungen ab; mit ihr hängen auch eine Reihe weiterer Fragen zusammen, die man bisher mit dem Begriff der "Unzulässigkeit des Rechtswegs" zu lösen versucht hat.

I. Teil:

DIE ALTERNATIVE FRAGESTELLUNG UND IHRE
RECHTFERTIGUNG.

1. Kapitel:

DIE VERTRETENEN AUFFASSUNGEN ÜBER DAS VERHÄLTNISS DER STREITIGEN
UND DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT.

I. Die herrschende Meinung: Unzulässigkeit des Rechtswegs.

Die weitaus überwiegende Meinung in Rechtslehre und Rechtsprechung sowohl in älterer als auch ohne grundsätzliche Änderung in der neueren Zeit nimmt für das Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit "Unzulässigkeit des Rechtswegs" an. Für die teils unmittelbare, teils analoge Anwendung der Vorschriften der ZPO und des GVG über die Zu- bzw. Unzulässigkeit des Rechtswegs (§§ 274 Abs. 2 Ziff. 2, 349 Abs. 1 Ziff. 2, 511a Abs. 4, 547 Abs. 1 Ziff. 1, 565 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO, § 17 Abs. 1 und Abs. 2 (Vorsatz und Ziff. 4) GVG) sind im wesentlichen vier Arten von Begründungen gegeben worden; die meisten gerichtlichen Entscheidungen und Schrifttumsstellen machen allerdings keine näheren Ausführungen hierzu, sondern berufen sich auf das Bestehen einer allgemeinen, gesicherten Meinung.

1. Das FG - Gericht als Verwaltungsbehörde.

Das Reichsgericht fasste ursprünglich jede mit einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit befasste Stelle als "Verwaltungsbehörde" auf, und folgerte daraus bei deren Zuständigkeit in Anwendung von § 13 GVG den Ausschluss des Rechtswegs.

a) So führt das Reichsgericht in dem Urteil vom 26. 4. 06 ¹⁾, nachdem es zunächst die "ausschliessliche Zuständigkeit" des Vormundschaftsgerichtes festgestellt hat, aus: "Hierdurch ist die Möglichkeit eines Rechtsstreits ausgeschlossen." "Für die Zulässigkeit einer Klage wird zwar geltend gemacht, dass die Zuständigkeit des Prozessgerichts anerkannt werden müsse, weil ein Streit der Gatten über den persönlichen Verkehr mit den Kindern eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit und zur Entscheidung über eine solche nach § 13 GVG das ordentliche Gericht berufen sei. Allein das ist nicht richtig; denn den ordentlichen Gerichten sind, eben durch § 13 GVG u. a. alle Rechtsstreitigkeiten entzogen, für welche die Zuständigkeit einer

1) RGZ 63, 236 ff.

Verwaltungsbehörde begründet ist; Streitigkeiten der hier in Rede stehenden Art sind aber dem Vormundschaftsgericht ausschliesslich zugewiesen und letzteres ist eine Verwaltungsbehörde im Sinne des § 13 GVG." 1)

Eine tiefere Begründung hat das Reichsgericht für seine Auffassung nicht gegeben.

Ähnlich hat das Reichsgericht für die Aufwertungsstellen 2) entschieden, dass es sich um Verwaltungsbehörden mit gerichtlichen Befugnissen und gerichtlicher Tätigkeit handle. 3)

2. Die Tätigkeit des FG - Gerichts als materielle Verwaltung.

Überwiegend wird jedoch von der Rechtsprechung und von der Rechtslehre das FG - Gericht als "Gericht" im Sinne einer gerichtlichen Behörde und im Gegensatz zur Verwaltungsbehörde anerkannt. Aber die hauptsächlich zur Erklärung der Stellung der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter den Staatsfunktionen dienende Ansicht, die Tätigkeit des FG - Gerichts sei materiell Verwaltung, beeinflusst entweder ausdrücklich oder häufiger unausgesprochen und unbewusst auch die Anwendung der Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtswegs.

Bei Baumbach-Lauterbach 4) heisst es: "Die freiwillige Gerichtsbarkeit gehört der gerichtlichen Verwaltung an; bei ihr versagt der Rechtsweg ohne weiteres." Sydow-Busch 5) stellen das Verwaltungsverfahren dem FG-Verfahren gleich und folgern daraus die Unzulässigkeit des Rechtswegs: "Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs besteht darin, dass nach gesetzlichen Bestimmungen der Rechtsstreit

1) Dieselbe Ansicht hat das Reichsgericht schon in dem nicht veröffentlichten Urt. v. 6.6.82 (auszugsweise in Gruchots Beitr. Bd. 38, S. 604/605) vertreten; so auch das KG in dem Urt. v. 22.3.01 (OLG 2, 450 ff.); Landsberg, Das Vormundschaftsgericht als Verwaltungsbehörde, Rhein. Archiv Bd. 108, S. 80 ff.; Jacoby, Ist das Vormundschaftsgericht eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht?, Diss.

2) Ges. über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen v. 16.7.1925 (RG Bl. S. 117)

3) Urt. v. 30.11.25, Warn Rspr. 1926 Nr. 1; ebenso KG Urt. v. 10.2.26, ZZP 51, 114 ff. mit zustimmender Anm. v. Emmerich; Schlegelberger - Harmening zu § 72 Aufwertungsgesetz.

4) Komm. § 13 Anm. 3 C GVG

5) Komm. zu ZPO und GVG, Anm. 6 zu § 274 ZPO

überhaupt nicht durch die Gerichte, sondern im Verwaltungsweg oder im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden sei."

Es wird demnach zwar nicht unmittelbar auf § 13 GVG abgestellt und das FG-Organ nicht als Verwaltungsbehörde bezeichnet, aber trotzdem die Unzulässigkeit des Rechtswegs mit dem materiellen Unterschied zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit begründet.

3. Die verfahrensrechtliche Verschiedenheit.

Nach anderen Stellungnahmen zur Frage der Unzulässigkeit des Rechtswegs im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit erhält der Begriff "Rechtsweg" demgegenüber einen verfahrensrechtlichen Inhalt und bedeutet er das Verfahren des ordentlichen Zivilprozessgerichts nach der ZPO im Gegensatz zum Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Für die Annahme der Unzulässigkeit des Rechtswegs werden die Verfahrensverschiedenheiten als ausschlaggebend angesehen.

a) Näher begründet wird diese Auffassung allerdings nur durch Baur ¹⁾: "Diese Aufspaltung (der ordentlichen Gerichtsbarkeit in streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit) ist gesetzlich nicht klassifizierbar; sie der sachlichen Zuständigkeit einzugliedern, geht - wegen der grundsätzlichen Verfahrensverschiedenheit - nicht an; es bleibt nur übrig, die Vorschriften, die die "Zulässigkeit des Rechtswegs" behandeln, entsprechend anzuwenden." ²⁾

b) Weitgehend wird auch von denjenigen Meinungen, die die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht als materielle Verwaltung ansehen, allein der Umstand, dass ein FG-Verfahren mit dem Zivilprozessverfahren konkurriert, schon als ausreichend angesehen, Unzulässigkeit des Rechtswegs anzunehmen.

aa) Für die Aufwertungsstelle hat das Reichsgericht im Urteil vom 24.11.27 ³⁾ ausgesprochen: "Auch wenn man die Aufwertungsstelle als ein Gericht bezeichnen will, ist für die ihrer Entscheidung zugewiesenen Streitsachen nicht der ordentliche Rechtsweg zulässig, sie gehören vielmehr in den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit." Die Frage des Verhältnisses betreffe somit die Zulässigkeit des Rechtswegs im Sinne von §§ 274, 547 ZPO. ⁴⁾

1) Lb. § 2 B III 5, S. 32/33

2) ähnlich Hellwig, Lb. I S. 95

3) JW 1928, 707 ff = JR 1928, 471

4) Ebenso auch Urt. vom 6.10.28 (RGZ 122, 100 ff.) für die Aufwertungsstelle

bb) Bei Schönke-Schröder-Niese ¹⁾ heisst es: "Streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit sind Teile der gleichen Gerichtsbarkeit; trotzdem ist die Abgrenzung zwischen ihnen im Sinne der §§ 17 Abs. 1 GVG, 274 Abs. 2 Nr. 2 ZPO als eine Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs anzusehen."

cc) Seuffert-Walsmann ²⁾ : "Unter bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sind alle Streitigkeiten zu verstehen, die vor die Gerichte gehören, soweit sie nicht im Strafverfahren oder im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erledigen sind. Gehört eine Streitigkeit vor die Gerichte und ist sie weder im Strafverfahren noch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erledigen, so sagt man, der Rechtsweg ist zulässig; in anderen Fällen spricht man von Unzulässigkeit des Rechtswegs."

c) Häufig wird zwar bei ausschliesslicher Berufung eines FG-Gerichts nicht unmittelbar auf die Unzulässigkeit des Rechtswegs geschlossen, sondern werden Formulierungen gebraucht, wie: "das Prozessverfahren" oder "der Prozessweg" oder "der Klageweg" oder einfach "die Klage" ist unzulässig. ³⁾ In der Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtswegs besteht jedoch kein Unterschied zu der herrschenden Meinung.

4. Verschiedene "Gerichtsbarkeiten".

Das Verhältnis der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit zu einander wird auch als ein solches zwischen verschiedenen Gerichtsbarkeiten aufgefasst. So heisst es bei Hellwig ⁴⁾: "Bei der Frage, ob die Gerichte (irgendeines!) für eine Rechtsangelegenheit zuständig sind, ob diese als Rechtsstreitigkeit vor die Gerichte der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört und ob sie im ersten Falle von einem besonderen Gericht zu erledigen sind; überall handelt es sich um die Grenzen der Gerichtsbarkeit."

1) Lb. S. 78

2) Komm. (12. Auflage) § 3 EGZPO Anm. 1

3) Bärmann, S. 396: "Der Prozessweg ist für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit verschlossen";

Hellwig Lb. I § 12 (S. 81): "Der Zivilprozessweg ist ausgeschlossen", derselbe, S. 83: "In korrekter Ausdrucksweise darf man nicht sagen, dass der Rechtsweg (vor den Gerichten der streitigen Gerichtsbarkeit) ausgeschlossen sei."; Schlegelberger, FGG, Rn. 11 zu § 1: "Der Prozessweg ist verschlossen", ebenso Rn. 15 zu § 1.

4) System, § 20 (S. 49); ähnlich Lb. I § 12 (S. 96)

Ähnlich Rosenberg ¹⁾: Entscheidungen, die die Grenze zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit überschreiten, seien grundsätzlich "wegen Mangels der Gerichtsbarkeit wirkungslos". Auch soweit diese Ansicht vertreten wird, werden auf das Verhältnis der "Gerichtsbarkeiten" untereinander die Vorschriften über die Unzulässigkeit des Rechtswegs zumindest sinngemäss angewandt. Nach ROSENBERG ²⁾ ist "ein Urteil in Analogie von § 547 Ziff. 1 ZPO wie bei "Unzulässigkeit des Rechtswegs", revisibel "und ist der Unzulässigkeit des Rechtswegs im Sinne von § 274 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO "die Zuständigkeit eines Organs der freiwilligen Gerichtsbarkeit gleichzustellen." 3) 4)

1) Lb. § 13 III 2 a (S. 55)

2) Lb. § 13 III 2 a (S. 55)

3) Lb. § 89 V 1 (S. 415); auch Hellwig Lb. I § 15 (S. 154); Lb. II § 94 (S. 174)

4) Tiefer wird die Rechtswegfrage auch kaum in einer der Entscheidungen und Schrifttumsstellen untersucht, auf welche gemeinhin die Unzulässigkeit des Rechtswegs im Verhältnis von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit gestützt wird. Das sind - ausser den bisher genannten - insbesondere: das häufig zitierte Urteil des RG vom 23.3.23 (RGZ 106, 406 ff.) hier heisst es: "Der ordentliche Rechtsweg wird ausgeschlossen, wenn die Entscheidung anderen Behörden oder Gerichten übertragen wird als den Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit und er wird gleichermassen ausgeschlossen, wenn das Verfahren anders als in der ZPO geregelt wird." Hierbei bleibt die freiwillige Gerichtsbarkeit unerwähnt. Ferner:

RG Urteil v. 26.1.44 (DR 1944, 334 ff): "Für eine Klage (auf Herausgabe eines Kindes nach § 1632 BGB) ist seit dem Inkrafttreten des Ehegesetzes der Rechtsweg ausgeschlossen".

RG Urteil vom 12.6.13, Warn Rspr. Nr. 426.

BGH Urteil vom 8.7.53 (BGHZ 10, 155 ff. (162) = JZ 53, 759 ff. = NJW 53, 1508 zur Möglichkeit der Abgabe vom Prozessgericht an die Spruchstelle des DMBilGes: "Die Frage, ob ein bürgerlicher Rechtsstreit im Klageweg oder im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden ist, betrifft allerdings die Zulässigkeit des Rechtswegs".

BGH Beschl. v. 29.1.51 (NJW 51, 235) (zitiert von StJSch Vorb. III 3 vor § 1): "Dieser Mangel des Berufungsverfahrens ist, da er die Zulässigkeit des Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten überhaupt betrifft, vom Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen."

BGH Urteil vom 30.11.55 (JZ 56, 327 ff): "Mit dem RG ist anzunehmen, dass der Rechtsweg für eine solche Klage (hier: auf Herausgabe eines Kindes gem. § 1632 BGB a.F.) unzulässig ist, da die Frage, ob ein bürgerlicher Rechtsstreit innerhalb der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden ist,

II. Scheinbare Annahme von sachlicher Unzuständigkeit.

Soweit das Verhältnis von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit als solches der "sachlichen Zuständigkeit" angesprochen wird, wird die sachliche Zuständigkeit zumeist nicht in einen deutlichen Gegensatz zur Zulässigkeit des Rechtswegs gestellt.

So kann aus den von BAUR ¹⁾ für die "sachliche Zuständigkeit" angeführten Zitaten nicht auf eine von der herrschenden Meinung abweichende Auffassung geschlossen werden. Das zitierte Urteil des Reichsgerichts (in JW 01, 754) erwähnt nur gelegentlich und ohne Beziehung zum Rechtswegproblem die "sachliche Zuständigkeit." ²⁾

In dem von STEIN-JONAS-SCHÖNKE ³⁾ für die sachliche Zuständigkeit zitierten Urteil des KG vom 18. 4. 01 ⁴⁾, wonach es heisst, dass "bald das Vormundschaftsgericht, bald das Prozessgericht zuständig sein" könne, ist "zuständig" nicht im engeren Sinne, sondern lediglich in dem allgemeinen Sinne von "berufen" gebraucht. Desgleichen bedeutet "ausschliessliche Zuständigkeit" im Urteil des Reichsgerichts vom 7. 5. 03 ⁵⁾ nichts weiter als ausschliessliche Berufung des Vormundschaftsgerichts ⁶⁾.

Fortsetzung Fussnote 4, Seite 16:

die Zulässigkeit des Rechtsweges betrifft (mit ausführlichen Hinweisen, auf welche bereits eingegangen wurde.)

Vergl. ferner StJSch Vorb. I 3, III 3 vor § 1, Anm. III 2 zu § 274; Keidel, FGG, 7. Aufl. § 1 Anm. 2

1) Lb. § 2 B III 5 (S. 32)

2) Die ebenfalls angeführten Stellen:

Hoffmann-Stephan § 11 Anm. 1 HausrVO und Fachinger, Die sachliche Zuständigkeit und Verweisung wegen sachlicher Unzuständigkeit nach der 6. DVO EheG 38, MDR 49, 75 ff. (so wohl anstelle der angegebenen Fundstelle JMBlnRW 1951, 139), nehmen ebenfalls nicht zur Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtswegs Stellung.

3) Vorb. III 3 vor § 1 ZPO

4) OLG 2, 452

5) Gruchot 47, 978 ff.

6) Das gleiche gilt für das Urteil des RG vom 18. 6. 08 (RGZ 69, 94 ff.)

In dem Beschluss vom 2. 10. 1900 des LG Dresden (ZBlFG 1, 700) wird eine Beschwerde gegen die Zwangsaufgabe des Vormundschaftsgerichts, das Kind herauszugeben, wegen "Unzuständigkeit" des Vormundschaftsgerichts (und Zulässigkeit des Prozessweges) für begründet erachtet.

Das von WIECZOREK ¹⁾ für die sachliche Zuständigkeit zitierte Urteil des Reichsgerichts vom 6.10.28 (RGZ 122, 100 ff. (101)) spricht ausdrücklich aus, dass es sich im Verhältnis zwischen Aufwertungsstelle und Prozessgericht nicht um die Frage der Zuständigkeit, sondern um die der Zulässigkeit des Rechtswegs handelt, wenn auch gesagt wird, dass auf diese "Zulässigkeit des Rechtswegs" einige Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit anzuwenden seien. ²⁾

Alle diese Stellen weichen daher im Grunde trotz der etwas nachlässigen Verwendung des Ausdrucks "Zuständigkeit" nicht von der unter I dargestellten herrschenden Meinung ab.

III. Sachliche Unzuständigkeit.

1.) Zur ersten wirklichen Abkehr von der nahezu allgemein vertretenen Lehre von der Unzulässigkeit des Rechtswegs im Verhältnis von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit ist es für das Verhältnis der Landwirtschaftsgerichte zu den Prozessgerichten gekommen.

Nach anfänglichem Schwanken wird das Verhältnis nun überwiegend als eines der sachlichen Zuständigkeit angesehen. PRITSCH ³⁾ führt aus: "Insoweit (gemeint ist: nach § 3 Abs. 1 LVO) handelt es sich aber nach dem Wortlaut dieser Vorschrift lediglich um eine Zuständigkeitsregelung nicht um den Aufbau einer besonderen Gerichtsbarkeit", er macht aber noch die Einschränkung: "Eine andere Frage ist, ob ... der Rechtsweg unzulässig ist, weil es sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt."

Ganz deutlich entscheidet sich aber das OLG Celle im Urteil vom 8.1.52 ⁵⁾: "Die Unzulässigkeit des Rechtswegs ist teils damit begründet worden, die Landwirtschaftsgerichte seien Sondergerichte im Sinne des § 13 GVG, teils damit, die Landwirtschaftsgerichte gehörten verfahrensmässig in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, woraus sich entsprechend den vom RG (RGZ 156, 279 ff.) entwickelten Grundsätzen die Unzulässigkeit des Rechtswegs ergebe.

1) § 274 ZPO Anm. D II

2) Ähnlich das ebenfalls von Wieczorek zitierte Urteil des RG vom 13.2.25 (Warn 174) betr. die Pachteinigungsämter

3) MDR 50, 2 ff.

4) Im Anschluss hieran OLG Celle Beschl. v. 27.1.50 (MDR 50, 49 ff.)

5) MDR 52, 369 ff.

Beides ist nicht richtig." 1)

Noch weiter geht der Beschluss des BGH vom 3.5.57 2), wonach es sich sogar bei einer Konkurrenz zwischen Landwirtschaftsgericht und Arbeitsgericht nicht um die "Unzulässigkeit des Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten" (§ 24 Abs. 2 S. 2 LwVG), sondern um die "sachliche Zuständigkeit" handle.

2.) Nach einer von WIECZOREK vertretenen Ansicht steht die freiwillige zur streitigen Gerichtsbarkeit zwar grundsätzlich im Verhältnis der Unzulässigkeit des Rechtswegs 3); er nimmt jedoch davon die "streitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit" aus, "weil sie in einem Verweisungsverhältnis zur streitigen Gerichtsbarkeit stehen". Insoweit könne das Verhältnis nur unter dem Gesichtswinkel ausschliesslicher Zuständigkeit gesehen werden. 4)

IV. Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses.

Ob es sich bei der Abgrenzung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit um die Frage der Zuständigkeit oder der Zulässigkeit des Rechtswegs handelt, kann nach einer von SCHÖNKE 5) vertretenen Ansicht dahingestellt bleiben. "Ergibt sich aus den in Betracht kommenden Bestimmungen, dass eine Sache als ausschliessliche Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder als solche der streitigen Zivilrechtspflege anzusehen ist, so fehlt es für die Anrufung der Organe des anderen Zweiges auch an dem Rechtsschutzbedürfnis". 6)

1) weitere Nachweise siehe unten S. 61 Fussnote 1

2) NJW 57, 1111

3) so § 13 GVG Anm. C und C Ib

4) § 13 GVG Anm. C Ia

5) StJSch Einl. D vor § 1, III 2b ~~22~~; ebenso fast wörtlich Schönke, Das Rechtsschutzbedürfnis (AzP 1949, 216 ff. (227))

6) Ebenso OLG Nürnberg, Urteil vom 26.5.52 (BayJMBI 52, 187 ff (188)): "Nachdem die Entscheidung über das Verkehrsrecht ausschliesslich dem Vormundschaftsgericht vorbehalten ist, fehlt es für die Anrufung des Prozessgerichts an dem Rechtsschutzbedürfnis". (Unter Berufung auf Schönke und - unzutreffend - auf Baumbach, Grundzüge vor § 253 ZPO 5 A und Schlegelberger § 1 Anm. 11).

In einigen Fällen, in denen die Berufung des Prozessrichters oder des FG-Richters als zweifelhaft angesehen wird, wird der "Rechtsweg" grundsätzlich bejaht, aber mangels eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses im konkreten Falle als ausgeschlossen erachtet. ¹⁾

V. Verschiedene Verfahrensarten.

Nach der Ansicht von Kern ²⁾ ist, "wenn eine Streitfrage, die nach der Verfahrensordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu behandeln ist, an das Gericht der ordentlichen, der streitigen Gerichtsbarkeit gebracht wird", "nicht etwa der Rechtsweg oder der ordentliche Rechtsweg unzulässig, sondern die gewählte Verfahrensart. Die Klage muss also - ähnlich wie in § 597 ZPO - als in der gewählten Verfahrensart unzulässig abgewiesen werden".

In einem ähnlichen Sinne äussert sich STEIN ³⁾: "Da die Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit denselben Gerichten übertragen sind wie die Zivilprozesse, so bedeutet die Grenzziehung zwischen freiwilliger Gerichtsbarkeit und Zivilprozess praktisch nur die Unterscheidung des Verfahrens und des Instanzenzuges."

1) So: LG Regensburg, Urteil vom 20.12.51 (BayJMBI 52, 130); OLG Hamburg, Urteil vom 7.2.40 (DR 40, 1379 ff.); ebenso in einer Reihe von Stellungnahmen zu dem Verhältnis der Kindesherausgabeklage nach § 1632 BGB a.F. und der Anordnung der Kindesherausgabe durch das Vormundschaftsgericht: OLG Hamm, Urteil vom 11.6.48 (AcP 1949, 460 ff.): "Mag auch nicht gerade die Zulässigkeit des Rechtswegs zu verneinen sein, . . . so ist hier doch kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage vor dem Streitgericht anzuerkennen."

OLG Neustadt, Beschluss vom 11.1.50 (Rechtspfleger 50, 131 ff.): jedenfalls fehlt das Rechtsschutzbedürfnis;

OLG München (Rechtspfleger 50, 567).

Arnold, Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht (1954 S. 83/84;) letzterer unter Hinweis auf RG Wam. 28, 132 OLG Celle, Beschluss vom 25.11.49 (Nds. Rpfl. 1950, 8 = ZBlJR 50, 140).

Bosch, Die Situation im Ehe- und Familienrecht (Rechtspfleger 1954 Sp. 9 ff. (9, 10)).

Finke, NJW 53, 606 ff. (609)

2) Kurzl. des Ger. Verf. R., S. 32

3) Friedr. Stein, Grundriss des ZPR und des Konkurs R., 3. Auflage 1928, S. 82

2. Kapitel:

AUSSCHEIDUNG DER AUSWEICHENDEN LÖSUNGEN.

Für das Verhältnis der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt also eine Vielzahl von Lösungsversuchen vor. Die eingangs gestellte Alternativfrage, ob die ausschliessliche Berufung des FG-Richters die Unzulässigkeit des Rechtswegs oder die sachliche Unzuständigkeit der Prozessgerichte bedeutet, hängt davon ab, daß diejenigen Auffassungen ausgeschieden werden, die das Problem in eine andere Richtung verlagern. Dies sind die oben unter IV und V angeführten.

I. Das Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit. (Schönke)

1. Prozessuale Unterschiede zwischen Fehlen des Rechtsschutzinteresses und Unzulässigkeit des Rechtswegs.

SCHÖNKE stellt seine Auffassung (vergl. oben Abschn. IV), wonach bei ausschließlicher Berufung eines FG-Gerichts die Frage der Unzulässigkeit des Rechtswegs wegen des auf jeden Fall fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses dahingestellt bleiben könne, allein auf die Folge ab, dass eine Klage vor dem Prozessgericht sowohl bei Unzulässigkeit des Rechtsweges als auch bei Fehlen des Rechtsschutzinteresses gleichermaßen durch Prozessurteil als unzulässig abzuweisen ist.

a) Es gibt jedoch gesetzliche Vorschriften, die nur für die Abweisung der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges und nicht für die Abweisung wegen Fehlens des Rechtsschutzinteresses gelten: § 511a Abs. 4 ZPO, wonach die Berufung ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig ist, und § 547 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO, wonach die Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes und ohne Zulassung stattfindet, soweit es sich in dem angefochtenen Urteil um die Unzulässigkeit des Rechtswegs handelt.

b) Bei einem Streit über die Zulässigkeit des Rechtswegs ist die Anordnung der abgesonderten Verhandlungen möglich, (§§ 274 Abs. 2 Ziff. 2, 275 Abs. 1 ZPO) und ist die Anordnung erfolgt, so muss die Verwerfung der Einrede durch ein Zwischenurteil ausgesprochen werden, das wie ein Endurteil anfechtbar ist (§ 275 Abs. 2 ZPO).

Bei einem Streit über das Vorliegen des Rechtsschutzinteresses kann, da es sich nicht um eine "prozesshindernde Einrede" im Sinne des § 274 Abs. 2 ZPO handelt, nur die Verhandlung hierauf beschränkt werden¹⁾; die Bejahung des Rechtsschutz-

¹⁾ Rosenberg § 89 V 3a (S. 415) und § 58 II 3b ¹ (S. 257)

interesses kann durch Zwischenurteil gemäss § 303 ZPO festgestellt werden, das nur zusammen mit dem Endurteil angefochten werden kann. ¹⁾

c) Das Rechtsschutzinteresse muss - wie regelmässig jede andere Prozessvoraussetzung auch - zur Zeit des Urteilserlasses, genauer der letzten Tatsachenverhandlung vorliegen. Es ist genügend und auch erforderlich, dass sie sich bis dahin eingestellt hat. ²⁾

Der massgebende Zeitpunkt für das Vorliegen der Zulässigkeit des Rechtswegs ist die dem Urteil vorausgehende letzte mündliche Verhandlung (nicht die letzte Tatsachenverhandlung), so dass der Eintritt oder der Wegfall der Prozessvoraussetzung also noch in der Revisionsinstanz vorgebracht werden darf. ³⁾

2. Der begriffliche Unterschied der beiden Prozessvoraussetzungen.

Das Rechtsschutzbedürfnis ist eine Prozessvoraussetzung, deren Inhalt nicht allgemeingültig umschrieben werden kann. Wenn einer Klage "ausnahmsweise aus besonderen Gründen das Rechtsschutzbedürfnis fehlt" ⁴⁾, ist sie als unzulässig abzuweisen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn eine Klage mutwillig, etwa ohne jeden Beweis erhoben ist ⁵⁾ oder dann, wenn der Kläger des Urteils nicht bedarf, weil er sich die Leistung selbst verschaffen kann. - Steht die Anwendbarkeit entweder des einen oder eines anderen Verfahrens in Frage, so dient das Rechtsschutzinteresse gewöhnlich zur Auswahl des einfacheren, billigeren und schnelleren von zwei grundsätzlich nebeneinander bestehenden Verfahren ⁶⁾.

Ausschliessliche Zuweisung einer Angelegenheit in die freiwillige Gerichtsbarkeit anzunehmen und gleichzeitig das Rechtsschutzinteresse zu verneinen, wie SCHÖNKE es tut, enthält einen Widerspruch in sich. Wenn der Prozessweg wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses in einem konkreten Einzelfall unzulässig sein soll, dann müsste er generell vom Gesetz zugelassen sein. Ergibt sich aber aus dem Gesetz selbst, dass der FG-Weg der allein zulässige ist, so kann man nicht unter Hinweis auf ein lediglich in dem konkreten Einzelfalle fehlendes Rechtsschutzinteresse des Klägers die Klage für unzulässig erachten. "Soweit es

1) Baumbach-Lauterbach, § 303 Anm. 3

2) Schönke, Ziv. Pr.R. S. 209, 197; Rosenberg ausserdem ausdrücklich für das Feststellungsinteresse gem. § 256 ZPO: § 89 IV 4 (S. 413)

3) Rosenberg § 89 IV 4 (S. 413); RG 104, 24; 110, 162; 146, 246

4) RG 160, 208/9

5) RG 169, 226

6) vergl. dazu Rosenberg, § 85 II 2 b (S. 386)

sich um die Wahl verschiedener Wege (Rechtswege, Verfahrensarten, Klagearten, Prozessarten) handelt, kommt deshalb das Rechtsschutzbedürfnis als besondere Sachurteilsvoraussetzung nicht in Betracht." 1)

Die Schwierigkeit liegt aber manchmal in der Feststellung, ob bei einer Konkurrenz von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit wirklich eine ausschliessliche gesetzliche Zuweisung in das FG-Verfahren vorliegt oder ob die Möglichkeit besteht, dass neben dem FG-Verfahren auch wahlweise der Prozessweg zulässig ist.

a) Gewöhnlich ist die Zuweisung zur freiwilligen Gerichtsbarkeit durch positive Regelung erfolgt. In diesen Fällen ist zweifelsfrei, dass der eine Rechtsschutz, nämlich der FG-Weg, gegenüber dem Prozessweg der ausschliesslich zulässige ist. Es fehlt hier an der speziellen Prozessvoraussetzung der Zulässigkeit des Prozessweges infolge Zulässigkeit des FG-Wegs. Daneben auch noch den Mangel des Rechtsschutzinteresses anzunehmen, besteht kein Grund und es ist auch nicht der Zweck des Erfordernisses eines "Rechtsschutzinteresses" in solchen Fällen klarer Grenzziehungen die Unzulässigkeit eines Verfahrens herbeizuführen; mit anderen Worten: wenn die Klage abgewiesen wird, weil ein FG-Gericht ausschliesslich zuständig ist, so ist es nicht sinnvoll zu sagen, dem Kläger fehle ein Rechtsschutzinteresse, anstatt zu sagen, er habe ein nicht berufenes Gericht angegangen.

b) Wenn eine solche ausschliessliche Zuständigkeit nicht ausdrücklich bestimmt ist, ist im allgemeinen davon auszugehen, dass das Gesetz die Wahl freistellt, wenn es verschiedene Arten des Rechtsschutzes anbietet. 2) Der Gesetzgeber hat regelmässig die Rechtslage für den Konkurrenzfall schon geprüft und die Gewährung des Wahlrechts für angemessen gehalten. 3)

Jedoch kann eine Angelegenheit auch stillschweigend ausschliesslich in die freiwillige Gerichtsbarkeit verwiesen sein. Da eine Angelegenheit nur durch positive gesetzliche Bestimmung eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird, ohne solche aber grundsätzlich im Prozessverfahren zu behandeln ist, könnte es allerdings bedenklich erscheinen die Folgerung zu ziehen, dass der Prozessweg stillschweigend verschlossen sein könne. Hinzu kommt noch, dass in derartigen Konkurrenzfällen häufig der Prozessweg nur eine gewisse Einschränkung erfährt, im übrigen aber für eine Reihe ähnlich gelagerter Fälle eröffnet bleibt. Um deshalb nicht so weit gehen zu müssen, die Zulässigkeit des Rechtswegs überhaupt

1) Pohle, Rechtsschutzbedürfnis, in Festschrift für Lent, S. 221 ausdrücklich in Bezug auf das Verhältnis zwischen streitigem und FG-Verfahren.

2) vergl. Pohle, "Rechtsschutzbedürfnis", Festschrift für Lent S. 221

3) Zu Fällen der "Doppelzuständigkeit" vergl. unten S. 96 ff

zu verneinen, wird vielfach "nur" das Rechtsschutzbedürfnis versagt. 1)

Es ist jedoch eine Frage der Auslegung der konkurrierenden Zuweisungsvorschriften, ob beide gleiche Geltung nebeneinander beanspruchen, oder ob die eine als Sondervorschrift die Anwendung der anderen ausschliesst und zur Zulässigkeit nur des einen Verfahrensweges führt. Diese Auslegung muss auf die Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen zurückgehen und muss sich davon leiten lassen, dass der Staat einen umfassenden und ausreichenden Rechtsschutz zu gewähren hat. Ein Verfahren kann insbesondere dann nicht als das ausschliesslich anzuwendende betrachtet werden, wenn beide Verfahren im wesentlichen verschieden sind, insbesondere andere Wirkungen haben. Es muss sich um wirklich gleichwertige und gleichgerichtete Rechtsschutzarten handeln. Insofern können zur Lösung der Ausschliesslichkeitsfrage gewisse Grundsätze, die auch bei der in den Einzelfällen anzustellenden Prüfung des Fehlens des Rechtsschutzbedürfnisses massgeblich sind, herangezogen werden. Ergibt die Auslegung einen generellen Ausschluss des Weges der streitigen Gerichtsbarkeit, so ist für die Annahme des Fehlens des Rechtsschutzbedürfnisses kein Raum.

Auch in dem Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit sind demnach ausnahmsweise Fälle denkbar, in denen man Unzulässigkeit des Prozessweges wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses annehmen muss. Diese Unzulässigkeit beruht aber auf der einmaligen und konkreten Gestaltung einer Rechtssache und nicht auf der gesetzlich begründeten und deshalb für allgemeine Tatbestände geltenden Konkurrenz zweier Verfahrenswege.

a) In diesem Sinne hat der BGH im Urteil vom 16.5.51 ²⁾ entschieden. Hiernach kann der Schuldner neben der Möglichkeit einer Inanspruchnahme der Vertragshilfe nach § 21 des Umstellungsgesetzes Rechtsbehelfe aus § 242 BGB nur dann geltend machen, wenn es sich um einen Tatbestand handelt, der im Vertragshilfeverfahren nicht geregelt ist, oder wenn er Hilfsmassnahmen begehrt, die über die im Vertragshilferecht gewährten Möglichkeiten hinausgehen. Zur Begründung heisst es: "Liegen diese Voraussetzungen (gemeint sind: die für die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen aus § 242 BGB genannten) nicht vor ..., so ist neben der Sonderregelung des § 21 UmstG für Rechtsbehelfe aus § 242 BGB kein Raum mehr; denn es kann nicht angenommen werden, dass das Gesetz dem Schuldner in diesen Fällen mit § 21 UmstG und der 28. DV UmstG lediglich einen weiteren Rechtsbehelf gewähren und ihm damit die Wahl überlassen wollte, sich im Rechtsstreit auf § 242 zu berufen oder das Vertragshilfeverfahren zu beantragen."

1) Beispiele s. unten in diesem Abschnitt.

2) BGHZ 2, 150 ff (153)

3) so auch OGHZ 1, 62 ff. (65) und 1, 386 ff (394); OLG Düsseldorf JMBINRW 1950, 186 ff (188).

Der BGH hat es vermieden, eine auf § 242 gestützte Klage grundsätzlich für zulässig zu erachten und ihr etwa nur in concreto das Rechtsschutzbedürfnis zu versagen. Denn der Klageweg ist nicht infolge einer besonderen Einzelfallgestaltung ausgeschlossen, sondern weil eine - zwar stillschweigende - gesetzliche Einschränkung des Prozessweges für eine generell bestimmte Vielzahl von gleichartigen Tatbeständen vorliegt.

b) Die Entscheidung der Frage, ob im Anschluss an eine vormundschaftsgerichtliche Sorgerechtsregelung unter geschiedenen Ehegatten (durch das Gleichberechtigungsges. vom 18.6.57 ist an die Stelle von § 74 EheG § 1671 BGB getreten) Klage auf Herausgabe des Kindes nach § 1632 BGB a.F. zulässig und geboten gewesen sei oder ob das Vormundschaftsgericht die Herausgabe habe selbst anordnen können, bzw. müssen, ist verschiedentlich auf das Rechtsschutzinteresse abgestellt worden und die Abweisung der Klage aus § 1632 BGB mit seinem Fehlen begründet worden. 1) Aber auch hier hat sich die Auffassung nicht durchsetzen können, dass es sich im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit um eine Frage des Rechtsschutzinteresses handle.

Die zuletzt überwiegende Meinung, die sich hauptsächlich auf das Reichsgericht, später auf den Bundesgerichtshof gestützt hat, hat die Unzulässigkeit des Rechtswegs wegen ausschliesslicher Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts angenommen. 2) (Die Gegenmeinung hat an der Zuständigkeit des Prozessgerichts festgehalten.) 3)

Zur Begründung wird im wesentlichen angeführt:

Bis zur Einführung des § 81 des Ehegesetzes vom 6.7.1938 habe wohl derjenige Ehegatte, dem nach der ursprünglichen Regelung des § 1635 BGB die Personensorge zustand, von dem anderen Ehegatten, der ihm das Kind vorenthielt, die Herausgabe des Kindes lediglich im Klagewege erreichen können. Nach der neuen Regelung des § 81 EheG 1938, welche durch § 74 EheG 1946 übernommen worden ist, sei dagegen nun für die Sorgerechtsregelung allein das Wohl des Kindes massgebend und die Entscheidung darüber liege ausschliesslich beim Vormundschaftsgericht.

1) siehe oben S. 20 Anm. 1

2) vor allem RG DRW 1944, 334; BGH i. Ur. v. 30.11.55 (JZ 56, 327)

3) Über die Entwicklung in dem Widerstreit der Meinungen namentlich Sigloch, Zur vindicatio filii, AcP 154, 243 ff., welcher für die Ausschliesslichkeit des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens eintritt und Spindler, Die Verwirklichung des Anspruchs auf Herausgabe eines Kindes, AcP 155, 519 ff., der den Klageweg und das vormundschaftsgerichtliche Verfahren grundsätzlich nebeneinander für zulässig hält; vergl. auch ausführlich zum Stand der Meinungen Schlegelberger, Vorbem. vor § 33 FGG Rn 2

Da zum Personensorgerecht auch die Befugnis der Bestimmung des Aufenthaltes des Kindes gehöre (§ 1631 Abs. 1 BGB), entscheide das Vormundschaftsgericht praktisch mit der Sorgerechtsentscheidung zugleich auch, bei welchem der Ehegatten das Kind seinen Aufenthalt zu nehmen habe und das Vormundschaftsgericht könne die Vollziehung dieser Anordnung nach § 33 FGG auch erzwingen. Die Bestimmung des Aufenthaltes des Kindes sei also kein subjektives Recht der Ehegatten mehr. Seit das Vormundschaftsgericht allein dazu berufen und in der Lage sei, alle für die Eignung des einen oder des anderen Ehegatten sprechenden Umstände richtig und erschöpfend zu würdigen, würde die Herbeiführung und Erzwingung der Herausgabe des Kindes im Wege eines Prozessverfahrens einen überflüssigen und unzeitgemässen Formalismus darstellen. Deshalb müsse die Vorschrift des § 1632 BGB a.F. insoweit als überholt angesehen werden, als sie den Streit über die Herausgabe des Kindes zwischen geschiedenen Ehegatten nach einer vormundschaftsgerichtlichen Sorgerechtsregelung betreffe.

Wenn die Klage aus § 1632 a.F. vereinzelt nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, sondern wegen Fehlen des Rechtsschutzinteresses für unzulässig gehalten worden ist, so ist das offenbar aus dem Grunde geschehen, weil § 1632 a.F. nur zum Teil durch § 81 EheG 1938 bzw. § 74 EheG 1946 als überholt anzusehen gewesen ist, nämlich nur insoweit die Vorschrift die Herausgabeklage zwischen geschiedenen Ehegatten nach der Sorgerechtsregelung betroffen hat, während sie z.B. für die Klage zwischen nur getrennt lebenden Eltern oder zwischen einem Erziehungsberechtigten und einem Dritten weiter gegolten hat, 1)

Hat man jedoch die Ausschliesslichkeit der vormundschaftsgerichtlichen Herausgabeanordnung nach der Ehescheidung überhaupt angenommen, so bedeutet sie eine generelle, nach abstrakten Merkmalen bestimmte, also eine in dem gesetzlichen Tatbestand unmittelbar eingeschlossene Beschränkung des Prozessweges für alle Herausgabeansprüche nach § 1632 BGB a.F. und nicht ein aus Gründen der Zweckmässigkeit und Billigkeit in Anbetracht besonders gelagerter Umstände des Einzelfalles gefolgertes Fehlen des Rechtsschutzinteresses.

c) Auch in anderen Fällen könnte eine scharfe Grenze zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit gezogen werden, ohne dass man das Fehlen eines besonderen Rechtsschutzinteresses heranzuziehen brauchte. Das gilt für den im Urteil des LG Regensburg vom 20.12.51 2) entschiedenen Fall, in dem für einen Antrag auf Abberufung von Liquidatoren einer nach § 80 DMBilG aufgelösten Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Wege einer einstweiligen Verfügung, im Hinblick auf die in § 66 GmbHG eröffnete Möglichkeit der Abberufung, ein "besonderes

1) vergl. oben S. 20 Fussnote 1

2) BayJMBI. 52, 130

Rechtsschutzinteresse" verlangt wird, obwohl der Rechtsweg für "grundsätzlich nicht ausgeschlossen" gehalten wird. Viel weniger gekünstelt würde hier die *Auslegung* erscheinen, die einen allgemeinen gesetzlichen Ausschluss der Zulässigkeit des Prozesswegs annimmt, anstatt ein im Gesetz nicht einmal angedeutetes "besonderes" Rechtsschutzinteresse vorauszusetzen.

d) Dagegen ist im Falle des BGH Urteils vom 27.2.57 ¹⁾ zu Recht ein Fehlen des Rechtsschutzinteresses angenommen worden. Danach kann, auch wenn das Vormundschaftsgericht gemäss § 31 PStG festgestellt hat, dass ein uneheliches Kind durch Heirat seiner Eltern die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes erlangt hat und wenn das Vormundschaftsgericht die Beischreibung am Rande des Geburtseintrages im Geburtenbuch angeordnet hat, die Unehelichkeit des Kindes nicht in entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Anfechtung der Ehelichkeit der während der Ehe geborenen Kinder geltend gemacht werden. Die Rechtslage muss vielmehr dadurch klargestellt werden, dass der Beschluss des Vormundschaftsgerichts aufgehoben wird. Insoweit braucht auch der BGH also - in Übereinstimmung mit den dargelegten Grundsätzen - für den Ausschluss der Anfechtungsklage noch nicht das Fehlen des Rechtsschutzinteresses heranzuziehen. Weiter wird jedoch ausgeführt: da das Aufhebungsverfahren gegebenenfalls von Amts wegen zu erfolgen habe, könne es für eine an sich mögliche Statusfeststellungsklage des Ehemannes, mit der er das Nichtbestehen der Vaterschaft festgestellt haben will, an dem rechtlichen Interesse fehlen.

Da es sich um eine Feststellungsklage handelt, ist das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses positive Voraussetzung der Zulässigkeit der Klage (§ 256 ZPO), so dass sich dieser Fall von den üblichen Fällen der Konkurrenz zwischen einem streitigen und einem FG-Verfahren etwas unterscheidet. Das Problem, ob ein im Einzelfall fehlendes Rechtsschutzinteresse anzunehmen ist, oder ob bereits eine gesetzliche Beschränkung des Klagewegs vorliegt, ist jedoch dasselbe. - Bei der Würdigung des Rechtsschutzinteresses des Klägers an der Statusfeststellungsklage geht der BGH davon aus, dass das Kind einen Anspruch gegen den Kläger auf Unterhalt habe, der nicht auf die Behauptung der blutmässigen Abstammung gestützt sei, sondern allein darauf, dass der Kläger das Kind durch sein auf Täuschung der Behörden berechnetes verantwortungsloses und gewissenloses Handeln aus der Rechtsstellung eines ehelichen Kindes des ersten Ehemannes der Mutter, der die Ehelichkeit nicht angefochten hatte, verdrängt habe. Auf die Geltendmachung und Durchsetzung eines solchen Anspruches des Kindes würde es jedoch ohne Einfluss sein, wenn in dem vorliegenden Verfahren festgestellt würde, dass der Kläger nicht der Erzeuger des beklagten Kindes sei, was ohnehin niemand annehme. Deshalb habe der Kläger kein Feststellungsinteresse.

1) NJW 57, 1067

Demnach stellt der BGH bei der Ablehnung des Rechtsschutzinteresses allein auf eine einmalige, ganz konkrete Fallgestaltung ab, nämlich hier auf ein zu missbilligendes Verhalten des Klägers. Auch hiernach liefert jedoch das Fehlen des Rechtsschutzinteresses keine generelle Abgrenzung zwischen der Zulässigkeit der Statusklage und dem vormundschaftlichen Verfahren auf Berichtigung des Geburteintrages. Es steht somit fest, dass die Frage des Verhältnisses zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit nicht unter dem Gesichtspunkt des Fehlens des Rechtsschutzinteresses gelöst werden kann.

II. Verschiedene Verfahrensarten (Kern)

Für die drei für die Deutung des Verhältnisses von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit noch in Frage stehenden Auffassungen verringert die Ansicht Kerns, es handle sich lediglich um zwei verschiedene Verfahrensarten (oben 1. Kap. Abschn. V), den Abstand zwischen den beiden Rechtspflegebereichen am stärksten: nach der herrschenden Auffassung (Unzulässigkeit des Rechtswegs) steht die freiwillige Gerichtsbarkeit ausserhalb des Rechtswegs, nicht anders als die Verwaltung; wer ein Unzuständigkeitsverhältnis annimmt, rechnet beide zum gleichen Rechtsweg, in welchem jedoch verschiedene Organe (Gerichte) tätig werden; nach Kerns Auffassung sind sogar die Gerichte identisch, nur wenden sie verschiedene Verfahren an. Nach dieser Ansicht Kerns muss die Klage " - ähnlich wie im Falle des § 597 ZPO - als in der gewählten Verfahrensart unzulässig abgewiesen werden." ¹⁾

1. Die Analogie zum Urkundenprozess.

An der Ansicht muss schon die Analogie zum Urkundenprozess (§ 592 ff. ZPO) als bedenklich erscheinen, da hier ein bestimmtes einzelnes Sonderprozessverfahren mit dem vielgestaltigen, teilweise aus völlig verschiedenartigen Einzelverfahren bestehenden FG-Verfahren verglichen wird. Unter den Möglichkeiten, gesetzlich geregelte Konkurrenzlagen zwischen Gerichten oder Verfahren in einen Vergleich zu dem Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit zu setzen, eignet sich die spezifische Beziehung zwischen Urkundenprozess und ordentlichem Verfahren sehr wenig zu Ähnlichkeitsschlüssen.

Beim Urkundenprozess handelt es sich um ein besonderes summarisches Prozessverfahren, das hauptsächlich auf eine beschleunigte, sofort vollstreckbare (§ 708 Ziff. 4 ZPO), wenn auch möglicherweise nur vorläufige Entscheidung abzielt. Kommt es zu dem im ordentlichen Streitverfahren stattfindenden Nachverfahren, so ist dieses die Fortsetzung des Urkundenprozesses und bildet mit ihm eine Einheit.²⁾

1) Ger. Verf. R. S. 32

2) vergl. Rosenberg, Lb. § 158 III 6 (S. 761)

Zu diesen Kriterien finden sich keine entsprechenden im Verhältnis zwischen Zivilprozess und FG-Verfahren.

2. Nämlichkeit der Gerichte?

Mit der Feststellung, es handle sich zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit um ein Verhältnis verschiedener Verfahrensarten, ist nicht unmittelbar und erschöpfend beantwortet, welcher Art dieses Verhältnis ist. Der Umstand, dass verschiedene Verfahrensarten vorhanden sind, würde allein nicht ausschliessen, dass es sich im Verhältnis der die jeweiligen Verfahren anwendenden Organe ausserdem um die Unzulässigkeit des Rechtswegs (vergl. z.B. Zivilprozessgericht - Verwaltungsgericht) oder um die sachliche Unzuständigkeit (z.B. nach verbreiteter Meinung: ordentliches Zivilgericht und Arbeitsgericht) handelt.

Demnach würde Kerns Ansicht, dass es sich im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit um die Zulässigkeit verschiedener Verfahrensarten handle, an sich weder in einem wirklichen Gegensatzverhältnis zur Auffassung von der Unzulässigkeit des Rechtswegs noch zu der von der sachlichen Unzuständigkeit stehen.

Er geht jedoch von der Unterstellung aus, dass es sich, ähnlich wie im Verhältnis zwischen Urkunden- und ordentlichem Prozess, um ein und dasselbe Gericht im prozessualen Sinne handle, das entweder im FG-Verfahren oder im streitigen Verfahren entscheidet. Dann allerdings würde sowohl die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs als auch nach der sachlichen Zuständigkeit entfallen; denn beide setzen die Konkurrenz mehrerer Organe voraus.

In Wirklichkeit handelt es sich jedoch um verschiedene Gerichte im prozessualen Sinne, nicht nur um verschiedene Verfahren des nämlichen Gerichts. Es ist nicht nur der Unterschied der Verfahren, sondern die Eigentümlichkeit und deutliche Abscheidung eines geschlossenen Aufgabenbereichs, die mehr zu der Auffassung zwingen, dass verschiedene Organe vorhanden sind. Hierbei muss auch der Sprachgebrauch des Gesetzes und der Rechtsübung berücksichtigt werden. Das Gesetz drückt die Errichtung eines eigenständigen Organs dadurch aus, dass es dieses als "Gericht" bezeichnet und dieses mit "Zuständigkeit" versieht. Da das Gesetz z.B. vom Vormundschaftsgericht, Nachlassgericht wie vom Prozessgericht (z.B. § 12 LandwVerfG), Vollstreckungsgericht spricht, würde man in einen krassen Widerspruch zur gesetzlichen Nomenklatur für die Ordnung des Gerichtswesens kommen, wollte man annehmen, dass etwa in Vormundschafts- und Nachlassachen dasselbe Organ wie in Rechtsstreitigkeiten, nur aber in einem anderen Verfahren tätig sein würde. Es liegt eben nicht allein die Regelung einer Tätigkeit eines (bereits vor auszusetzenden) Organs vor (= Verfahrensrecht), sondern die Bildung eines eigenen Organs (= gerichtliches Organisations- und Verfassungsrecht).

Kerns Formel der Abweisung wegen der unzulässigen Verfahrensart steht in allzu schroffem Gegensatz zu den auf der gesetzlichen Regelung fussenden, allgemein gebräuchlichen Denk- und Ausdrucksformen über die Gliederung der Gerichte und ihre Zuständigkeit. Sie wirkt daher wohl eher verwirrend als klärend.

Die Eigenschaft als eines eigenen Organs wird insbesondere davon bestimmt, dass ihm eine gewisse Selbstständigkeit verliehen ist, also dass ihm eigene Rechte und Pflichten zukommen. Das geschieht hauptsächlich dadurch, dass ihm durch Verleihung von "Zuständigkeit" das Recht und die Pflicht in gewissen Angelegenheiten tätig zu werden, übertragen wird. Die Selbstständigkeit von verschiedenartigen Abteilungen des Amtsgerichts, von denen die eine streitige Gerichtsbarkeit ausübt, die andere freiwillige Gerichtsbarkeit äussert sich auch insofern, als die eine an die andere Ersuchen stellen kann (z. B. gem. § 130 ZVG). ¹⁾

Mit der Identität des Gerichts der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit lässt sich auch vor allem eine Verweisungsmöglichkeit zwischen beiden Gerichten nicht vereinbaren. Deswegen widerspricht sich Kern selbst, indem er im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit auch die "Verweisung in Analogie zu § 276 ZPO" für zulässig hält. ²⁾ Eine Verweisung (= Abgabe) ist ausdrücklich in § 12 LandwVerfG, § 46 Abs. 1 WEG, § 18 HausrVO vorgeschrieben. Sie setzt allgemein voraus, dass sie zwischen zwei verschiedenen Organen, nach der herrschenden Lehre zu § 276 ZPO sogar nur zwischen zwei Gerichten, die im Verhältnis der sachlichen Zuständigkeit stehen, erfolgt. Ein Gericht kann jedoch nicht an sich selbst zur Entscheidung in einem anderen Verfahren verweisen.

Es gibt allerdings die Streitfrage, ob das Berufungsgericht einen Rechtsstreit an sich als erste Instanz verweisen kann. Das Reichsgericht ³⁾ verneint die Frage, während Rosenberg ⁴⁾ die Verweisung für zulässig hält, da allgemein eine Verweisung auch noch in höherer Instanz erfolgen könne, wenn die untere Instanz die Zuständigkeit für gegeben gehalten hat, das höhere Gericht aber anderer Meinung ist oder wenn die Voraussetzungen der Verweisung gem. § 506 ZPO erst in zweiter Instanz eintreten.

Das Landgericht wird durch verschiedene Gerichte im prozessualen Sinne tätig, wenn es als erstinstanzliches Gericht und Berufungsgericht zuständig ist; lediglich organisatorisch ist es dasselbe Gericht, dem einerseits das Verfahren in erster In-

1) vgl. Hellwig, Lb. II § 74 (S. 58)

2) Ger. Verf. R. S. 32

3) RGZ 119, 382

4) ZJP 53, 394 ff. (398) u. Lb. § 38 II 2b (S. 152)

stanz und andererseits das Berufungsverfahren gegen die Entscheidung eines anderen Gerichts, das Amtsgerichts, übertragen ist. Alle Gerichte des einen Rechtszuges verbleiben dann zu denen des anderen Rechtszuges im Verhältnis der sachlichen Zuständigkeit, wenn die jeweils erstinstanzlichen Gerichte der beiden Rechtszüge zueinander im Verhältnis der sachlichen Zuständigkeit stehen.

Da es sich um dasselbe Gericht im prozessualen Sinne handelt, das im Urkundenprozess und im ordentlichen Prozess entscheidet, ist deshalb eine Verweisung unter diesen Verfahren nicht vorgesehen und wäre auch nicht denkbar. Statt dessen kann aber der Kläger bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung "von dem Urkundenprozess in der Weise abstehe(n), dass der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt" (§ 596 ZPO); bei dem Abstehe(n) vom Verfahren ist eine Bindungswirkung, wie sie dem Verweisungsbeschluss zukommt (§ 276 Abs. 2 Satz 2 ZPO) nicht nötig, da die Sache sich bereits bei dem zuständigen Gericht befindet, also das Gericht bereits zur Entscheidung der Sache verpflichtet ist. Während beim Abstehe(n) die "alte" Abhängigkeit erhalten bleibt, (so § 596 ZPO), wird erst durch die Verweisung die Anhängigkeit beim Gericht, an das verwiesen wird, begründet; § 276 Abs. 2 Satz 1 ZPO: "mit der Verkündung des Beschlusses gilt der Rechtsstreit als bei dem im Beschluss bezeichneten Gericht anhängig" (wobei jedoch das bisherige Verfahren weitgehend seine prozessuale Bedeutung behält, z. B. die Wirkungen der Rechtshängigkeit fort dauern).

Dass für das Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit gesetzliche Verweisungsvorschriften bestehen, beweist also die Existenz zweier verschiedener Gerichte und widerlegt die Annahme, dass es sich allein um ein Verhältnis zwischen verschiedenen Verfahrensarten handelt. Dabei spielt es keine Rolle, dass die Verweisungsmöglichkeit zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit mangels eines praktischen Bedürfnisses nicht allgemein bestimmt ist. Das Vormundschaftsgericht, das Nachlassgericht, das Vertragshilfegericht usw. können, was die Eigenschaft als Gerichte im prozessualen Sinne anbelangt, nicht anders behandelt werden, als das Landwirtschaftsgericht, das Gericht für Hausratsverteilung, für Wohnungseigentumssachen, bei denen die Verweisungsmöglichkeit gesetzlich besteht.

Für die streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit bestehen sonach verschiedene Organe und das Verhältnis ist als ein kompetenzrechtliches aufzufassen. Es bleibt also bei der Alternativfrage: ist das Verhältnis zwischen der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit als ein solches der Unzulässigkeit des Rechtswegs oder ein solches der Unzuständigkeit aufzufassen?

II. Teil:

DIE ANNAHME DER UNZULÄSSIGKEIT DES RECHTSWEGS.

3. Kapitel:

DIE "ZULÄSSIGKEIT DES RECHTSWEGS" ALS RECHTSSCHUTZGARANTIE.

1.) Die Bedeutung des Begriffs "Zulässigkeit des Rechtswegs" muss insbesondere aus den Vorschriften entnommen werden, die ihn ausdrücklich und unmittelbar regeln; das sind:

a) § 17 Abs. 1 GVG, wonach die Gerichte über die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheiden;

§ 17 Abs. 2 GVG, wonach für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs Kompetenzkonfliktgerichtshöfe nach bestimmter gesetzlicher Massgabe eingerichtet werden können; wichtig ist hieraus Ziff. 4: "Sofern die Zulässigkeit des Rechtswegs durch rechtskräftiges Urteil des Gerichts feststeht, ohne dass zuvor auf die Entscheidung der besonderen Behörde (gemeint ist: des Kompetenzkonfliktgerichtshofes) angetragen war, bleibt die Entscheidung des Gerichts massgebend."

b) § 274 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO, im Zusammenhang mit

§§ 274 Abs. 3, 275 ZPO. Für die Behandlung der Einwendung der "Unzulässigkeit des Rechtswegs" ergibt sich hiernach hauptsächlich, dass die Einwendung auch noch nach dem Beginn der mündlichen Vorhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorgebracht werden darf und dass abgesonderte Verhandlung angeordnet werden kann, wobei das die Einrede verwerfende Urteil wie ein Endurteil anfechtbar ist.

c) § 349 Abs. 1 Satz 3 Ziff. 2 ZPO bringt dadurch, dass

§ 274 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO in der Aufzählung von "prozesshindernden Einreden" nicht genannt wird, zum Ausdruck, dass der Einzelrichter über die Unzulässigkeit des Rechtswegs nicht entscheiden darf, sondern diese Entscheidung dem Gericht als solchem vorbehalten ist.

d) § 511 a Abs. 4 ZPO lässt die Berufung ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zu, "soweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtswegs handelt". Ähnlich ist nach

§ 547 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO die Revision ohne Zulassung und ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig, "insoweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtswegs ... handelt."

Aus diesen Vorschriften wird ersichtlich, dass dem Begriff "Zulässigkeit des Rechtswegs" die Funktion einer Garantie des Rechtswegs zukommt; denn die Entscheidung

über die Zulassung des Rechtswegs wird mit besonderen Sicherheiten ausgestattet, so durch § 17 GVG, indem diejenigen Organe - und nur sie - die den Rechtsweg bilden, über dessen Zulässigkeit zu entscheiden haben; die Entscheidung auf Verneinung des Rechtswegs, also auf Unzulässigkeit des Rechtswegs, wird dem Richterkollegium und nicht einem Einzelrichter anvertraut. (§ 349 Abs. 1 Satz 3 Ziffer 2 ZPO), so dass die Garantie der richtigen Entscheidung erhöht wird; die Möglichkeit der Aufhebung der auf Unzulässigkeit des Rechtswegs erkennenden Urteile durch Rechtsmittel wird erleichtert (§§ 511a Abs. 4, 547 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO) und damit die Verwirklichung der richtigen Rechtslage im Falle tatsächlich bestehender Zulässigkeit des Rechtswegs gefördert.

Bei keiner anderen Prozessvoraussetzung hat das Gesetz in der Gesamtregelung die bejahende Entscheidung über ihr Vorliegen derart gefördert.

2.) Dieser Schutzzweck wird aber bei der Auslegung des § 511 a Abs. 4 und des § 547 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO von der unangefochten herrschenden Meinung nicht berücksichtigt. Sie nimmt an, dass Berufung ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes und Revision ohne Rücksicht auf Zulassung und Wert des Beschwerdegegenstandes allein nicht bei Verneinung, sondern auch bei Bejahung der Zulässigkeit des Rechtswegs durch das angefochtene Urteil zulässig ist, also wenn der Beklagte die ausdrücklich oder in den Urteilsgründen erfolgte Entscheidung, dass der Rechtsweg zulässig ist, angreift.

Bei ROSENBERG ¹⁾ heisst es - ohne Begründung - zu § 511 a, der Berufungssumme bedürfe es nicht, "wenn und soweit die Beschwer in der Bejahung oder Verneinung der Zulässigkeit des Rechtswegs besteht"; die erleichterte Revision findet nach Rosenbergs Ansicht statt, wenn und soweit die Beschwer in der Bejahung (RG 157, 110; Warn 1908, 264, 1929, 20 = JW 1929, 96¹ = Seuff Arch 83, 58) oder Verneinung der Zulässigkeit des Rechtswegs ihren Grund hat. ²⁾

Das von ROSENBERG a. a. O. zitierte Urteil des Reichsgerichts vom 26. 2. 38 (RGZ 157, 106 ff (110)) spricht dasselbe aus und setzt sich auch nicht näher mit der Frage auseinander. Das weiter angeführte Urteil des Reichsgerichts vom 24. 1. 08 (Warn Rspr 1908 Nr. 264) betrifft überhaupt nicht die Zulässigkeit der Revision im Falle der "Unzulässigkeit des Rechtswegs" sondern den anderen, in § 547 Abs. 1 Satz 1 ZPO geregelten Tatbestand der "Unzulässigkeit der Berufung", bei welcher ebenfalls die erleichterte Revision möglich ist. Für diesen ähnlich liegenden Fall hat das Reichsgericht, ebenfalls ohne weitere Begründung festgestellt: "nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts handelt es sich um die Unzulässigkeit der Berufung im Sinne dieser gesetzlichen Vorschrift auch dann,

1) Lb. § 135 II 2a (S. 641)

2) Lb. § 140 II 2b (S. 670); ebenso Wieczorek, Komm. § 511 a Anm. A II b

wenn das Berufungsgericht wie in dem gegebenen Falle unter Verneinung der Unzulässigkeit materiell entschieden hat."

Desgleichen betrifft das dritte, von ROSENBERG zitierte Urteil des Reichsgerichts vom 22.10.28 (Warn 1929, Nr. 20) nur die Revision wegen "Unzulässigkeit der Berufung"; auch hier begründet das Reichsgericht seine Ansicht nicht.

a) Gegen die herrschende Ansicht spricht schon die Wortauslegung des § 511 a Abs. 4 und des § 547 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO, da die Vorschriften ausdrücklich von der Unzulässigkeit des Rechtswegs sprechen. § 17 Abs. 1, Abs. 2 GVG, welcher wirklich die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs im positiven wie im negativen Sinne meint, verwendet "Zulässigkeit" als den allgemeinen Ausdruck. Hätte der Gesetzgeber in §§ 511 a, 547 ZPO die positive und die negative Entscheidung behandeln wollen, so hätte er ebenfalls die allgemeine Formulierung gebraucht: "soweit es sich um die Zulässigkeit des Rechtswegs handelt."

Einen Hinweis bietet auch § 551 Ziff. 4 ZPO: ein absoluter Revisionsgrund ist gegeben, "wenn das Gericht seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit mit Unrecht angenommen hat." Desgleichen kann nach § 36 Ziff. 5 ZPO das im Rechtszuge zunächst höhere Gericht das in einem Rechtsstreit zuständige Gericht bestimmen, wenn sich in dem Rechtsstreite verschiedene Gerichte rechtskräftig für zuständig erklärt haben und nach § 36 Ziff. 6 ZPO wenn sie sich für unzuständig erklärt haben. Das Gesetz bezeichnet also die positive und die negative Alternative ausdrücklich, wenn es sie beide regeln will.

b) Der Irrtum der herrschenden Meinung gründet sich auf die Formulierung in §§ 511a, 547 ZPO: soweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtswegs "handelt". Darunter kann man nur zweierlei verstehen: entweder sind Berufung und Revision erleichtert zulässig, wenn in dem angefochtenen Urteil die Unzulässigkeit ausgesprochen ist, oder sie sind zulässig, wenn als Revisionsgrund die Unzulässigkeit vorgebracht wird.

Bei der ersten Auslegung kann allein der Kläger Revision einlegen, weil nur er durch den Ausspruch der Unzulässigkeit infolge der Klageabweisung beschwert ist; bei der zweiten Auslegung könnte nur der Beklagte Revision einlegen, denn nur er kann als Revisionsgrund Unzulässigkeit des Rechtswegs vorbringen. Da aber die Auslegung von §§ 511 a, 547 ZPO nur einheitlich sein kann, nämlich indem entweder auf den Ausspruch oder auf das Vorbringen als Revisionsrüge abgestellt wird, kann immer nur einer der Parteien das Rechtsmittelprivileg zukommen und das muss stets der Kläger sein.

c) Nur diese Auslegung entspricht auch dem Garantiezweck des Begriffes "Rechtsweg", wie er insbesondere auch im § 17 GVG zum Ausdruck gekommen ist. Wollte man die erleichterte Berufung und Revision auch bei Bejahung der Zulässigkeit des Rechtswegs gewähren, so würde das geradezu die Eröffnung des sogenannten

Verwaltungsweges garantieren, was nicht der Zweck des Prozessgesetzes sein kann. Es besteht keine Notwendigkeit, den Beklagten, der unter Bejahung der Zulässigkeit des Rechtswegs zu Unrecht verurteilt worden ist, stärkere Anfechtungsmöglichkeiten zu geben als bei Verurteilung auf Grund einer sonstigen Rechtsverletzung. Dass die Verurteilung "im Rechtsweg" erfolgt ist, verursacht für den Beklagten keine grössere Beschwer als bei sonstigen unrichtigen Verurteilungen; auch der Beklagte hat in der Beschreitung des Rechtswegs den Vorteil des denkbar besten Rechtsschutzes genossen.

Ist nun festgestellt, dass mit der "Zulässigkeit des Rechtswegs" ein bestimmter Rechtsschutz garantiert wird, so muss weiter untersucht werden, ob darunter ein bestimmtes Verfahren, nämlich das der ZPO, oder die Zuständigkeit bestimmter Gerichte zu verstehen ist.

4. Kapitel:

"RECHTSWEG" ALS GERICHTSVERFASSUNGSRECHTLICHER BEGRIFF.

Der Begriff "Rechtsweg" im Sinne der Reichsjustizgesetze ist ein gerichtsverfassungsrechtlicher, kein verfahrensrechtlicher Begriff.

Die ZPO schafft im Gegensatz zu neueren Gesetzen, wie Arbeitsgerichtsgesetz, Sozialgerichtsgesetz, Bundesverwaltungsgerichtsgesetz und den Entwürfen zur Verwaltungsgerichtsordnung und Finanzgerichtsordnung keinen ihr eigenen verfahrensrechtlich geprägten Rechtsweg. Sie wäre als eine reine Verfahrensordnung dazu auch nicht die geeignete Gesetzesstelle. Dagegen vereinigen die neueren Gesetze und Gesetzentwürfe sowohl Gerichtsverfassungsrecht als auch Gerichtsverfahrensrecht in ein und demselben Gesetz. Wenn deshalb die neueren Gerichtsgesetze eigene Rechtswege begründen, lässt sich daraus nicht der Schluss ziehen, dass im allgemeinen verschiedenen Verfahrensordnungen auch verschiedene Rechtswege entsprechen müssten. Sind vielmehr Gerichtsverfassungsgesetz und Verfahrensgesetz getrennt, wie im Verhältnis zwischen GVG und ZPO, StPO, FGG, so ist die Regelung der Rechtswegfrage nur der Gerichtsverfassungsnorm zu entnehmen.

1. Keine Doppelbedeutung des Begriffs "Rechtsweg"

Es findet deshalb im Gesetz auch keine Stütze, wenn man dem Begriff "Rechtsweg" gleichzeitig beide Bedeutungen zulegt und ihn gerichtsverfassungsrechtlich versteht, soweit er im GVG gebraucht ist, ihn aber verfahrensrechtlich versteht, soweit er namentlich in dem Verfahrensgesetz der ZPO gebraucht wird. Das tut anscheinend Nikisch ¹⁾, der zu der Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 156, 279),

¹⁾ Lb. des Ziv.Proz.R. S. 57

wonach die Zuständigkeit eines Sondergerichts "Unzulässigkeit des Rechtswegs" zu bedeuten habe, folgendermassen Stellung nimmt: "Die Entscheidung, die überwiegend abgelehnt wird, scheint mir das Richtige zu treffen, soweit sie sich mit der Auslegung der §§ 511a, 547 ZPO befasst. Sie geht aber zu weit, insofern sie das dort gefundene Ergebnis verallgemeinert."

Schon die Tatsache, dass die Inhaltsbestimmung des Begriffes "Rechtsweg" im GVG - und zwar § 17 Abs. 1 GVG ¹⁾ - enthalten ist, beweist, dass der "Rechtsweg" gerichtsverfassungsrechtlich aufgefasst wird als der Weg zu den im GVG geregelten Gerichten. Soweit der Begriff "Zulässigkeit des Rechtswegs" in den Verfahrensgesetzen vorkommt, z.B. in §§ 274, 511a, 547 ZPO, wird er als ein bereits gegebener Begriff vorausgesetzt.

II. Die Einbeziehung der "Sondergerichte" in den Rechtsweg.

Die Streitfrage, was unter dem Begriff "Rechtsweg" zu verstehen ist, entzündet sich ausser an der freiwilligen Gerichtsbarkeit hauptsächlich an den "Sondergerichten". ²⁾

1. a) Soweit das Verhältnis der Sondergerichte zu den ordentlichen Gerichten als solches der sachlichen Zuständigkeit - nicht der Zulässigkeit des Rechtswegs - angesehen wird, wird gewöhnlich unter "Rechtsweg" der Weg zu den ordentlichen und besonderen Gerichten im Gegensatz zum Weg zu Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten verstanden.

So betrifft die Frage, ob die Auseinandersetzungsbehörden (Preuß. Ges. betr. Beförderung der Errichtung von Rentengütern vom 7.7.81) oder die ordentlichen Gerichte zuständig sind, nach dem Urteil des Reichsgerichts vom 26.4.11 ³⁾ die sachliche Zuständigkeit: "Die Zulässigkeit des Rechtswegs kommt dagegen nur im Verhältnis der Gerichte zu den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten in Betracht."

Desgleichen wird im Urteil des Reichsgerichts vom 19.4.29 ⁴⁾ entscheidend auf den Gegensatz zum Verwaltungsweg abgestellt: "Schon der Sprachgebrauch versteht unter "Rechtsweg" regelmässig das mit besonderen Rechtsgarantien ausgestattete und durch sie gesicherte Verfahren vor den aus unabhängigen und unabsetzbaren Richtern zusammengesetzten ordentlichen Gerichten, im Gegensatz zum Ver-

1) Darauf ist unten S. 47 ff einzugehen

2) "Sondergerichte" oder "besondere Gerichte" i.S. von §§ 14, 13 GVG gibt es heute nicht mehr. Trotzdem ist ein Eingehen auf sie notwendig, um den Rechtswegbegriff des GVG zu ermitteln.

3) RGZ 76, 176 ff. (177)

4) RGZ 124, 173 ff (176)

fahren vor den diese Garantien nicht oder nicht in vollem Masse besitzenden Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten." 1) Die Entscheidung, ob ein Organ Verwaltungsbehörde, bzw. Verwaltungsgericht ist, wird hierbei hauptsächlich nach der öffentlich rechtlichen Natur des im Einzelfall vorliegenden Verfahrensgegenstandes und nach der des typischen Verfahrensgegenstandes des betreffenden Organs getroffen.

b) Die Vertreter der Auffassung, dass das Verhältnis der Sondergerichte zu den ordentlichen Gerichten als Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs anzusehen sei, verstehen unter "Rechtsweg" das Verfahren, vor den ordentlichen Gerichten im Gegensatz zum Verfahren aller anderen öffentlichen Stellen. So ist nach dem vielumstrittenen Beschluss des Gr.Z.S. des Reichsgerichts vom 21.12.37 2): "die Trennungslinie nicht zwischen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten einerseits und ordentlichen und besonderen Gerichten andererseits zu ziehen, sondern zwischen den ordentlichen Gerichten auf der einen Seite und allen anderen öffentlichen Stellen auf der anderen Seite und demgemäss auch für den § 547 Nr. 1 die "Unzulässigkeit des Rechtswegs" als gleichbedeutend zu betrachten mit der Unzulässigkeit des Rechtswegs vor den ordentlichen Gerichten " 3)

c) Eine sich im Ergebnis mit der letztgenannten deckende Auffassung nimmt im Hinblick auf die Sondergerichte Unzulässigkeit des Rechtswegs nicht nur an, wenn ein anderes Gericht als das der ordentlichen Gerichtsbarkeit entscheidet, sondern auch dann, wenn ein anderes Verfahren als das der ZPO anzuwenden ist. Dies ist im Urteil des Reichsgerichts vom 23.3.1923 4) ausgesprochen: "Der ordentliche Rechtsweg wird ausgeschlossen, wenn die Entscheidung anderen Behörden oder Gerichten übertragen wird als den Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit,

1) ähnlich auch:

RGZ 103, 112 ff (103); 104, 137 ff (139); 107, 76; 107, 352, 114, 421; 119, 296 ff (300);

StJSch Vorbem. IV Abs. 1, IV B 1 vor § 1; Schönke-Schröder Niese, Ziv.Pr.R. § 13 (S. 80 ff)

Rosenberg § 14 V 1 (S. 64)

vgl. auch Nikisch, Z.P.R. S. 54 ff.

Kern, Kurzlb. des Ger. Verf.R. S. 28

2) RGZ 156, 279 ff.

3) ähnlich RG 146, 244 ff. (247); 149, 385; 150, 118; RG in RdRN 1942, 601 Nr. 281; OLG Naumburg DJ 1938, 643; vgl. auch Schönke-Schröder-Niese § 11 (S. 65)

4) RGZ 106, 406

und er wird gleichermassen ausgeschlossen, wenn das Verfahren anders als in der ZPO geregelt wird." ¹⁾

2. a) Zu den "Gerichten", die nach § 17 Abs. 1 GVG über die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheiden, gehören neben den "ordentlichen Gerichten", welche im § 12 GVG aufgezählt sind, auch die nach § 14 GVG "zugelassenen besonderen Gerichte". Indem das GVG diese Gerichte "zugelassen" hat, hat es ihre Qualität als Gerichte im Sinne des GVG anerkannt. § 14 GVG dient somit auch dem Schutze des Rechtswegs, indem die Bestimmung genau abgrenzt, welche gerichtlichen Behörden trotz selbständiger Gerichtsorganisation als "Gerichte" zu behandeln sind. Nach der Regelung des GVG kann man vom "ordentlichen Rechtsweg" (so genannt in § 14 Ziff. 2 Satz 2 GVG) sprechen im Gegensatz zu dem "besonderen Rechtsweg", worunter der Rechtsweg zu den im § 14 GVG zugelassenen Gerichten zu verstehen ist. Diese Unterscheidung begründet jedoch keine zwei getrennten Rechtswege, sondern dient nur der genaueren Kennzeichnung, in welcher speziellen Form der (einheitliche) Rechtsweg zulässig ist. Auch bei der Zuständigkeit eines zugelassenen "besonderen" Gerichts handelt es sich danach um die Zulässigkeit des Rechtswegs.

b) Auch die umstrittene Frage ²⁾, ob die im § 13 GVG erwähnten (reichs-) bundesrechtlich bestellten besonderen Gerichte zum Rechtsweg gehören, ist zu bejahen, ohne dass hier näher darauf eingegangen werden kann.

Indem § 13 diese Gerichte wie die zugelassenen besonderen Gerichte als "besondere Gerichte" bezeichnet, bringt es zum Ausdruck, dass es sie auch als "Gerichte" - wenn auch mit besonderer Organisation - betrachtet, und als solche gehören sie zum Rechtsweg (§ 17 Abs. 1 GVG). Nur wenn es sich um Verwaltungsgerichte handelt, gehören sie nicht zum Rechtsweg, weil sie dann eben keine "besonderen Gerichte" im Sinne des GVG sind. (Vgl. § 13 GVG). Die Schwierigkeit der Rechtswegfrage für Sondergerichte liegt demnach eigentlich nicht darin, ob die Zuständigkeit von Sondergerichten den Rechtsweg unzulässig macht, sondern vielmehr in den Feststellungen, ob eine Stelle überhaupt Gerichtseigenschaft hat und wenn dies der Fall ist, wann sie als "besonderes Gericht" im Sinne von § 13 GVG und wann als Verwaltungsgericht anzusehen ist.

Hauptsächlich um der letzteren - wohl schwierigen aber nicht unmöglichen - Feststellung aus dem Weg zu gehen, hat das Reichsgericht ³⁾ den Rechtsweg allgemein bei Zuständigkeit eines Sondergerichts für ausgeschlossen gehalten. Solange aber die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht als

1) ähnlich RG 122, 199 ff. (201); fortgesetzt in RAG 19, 193

2) vgl. insbesondere die oben S. 37 Fussnote 1 angeführten Hinweise

3) RGZ 156, 279 ff.

grundsätzliche Trennungslinie zwischen dem Rechtsweg und dem Verwaltungsweg positiv-rechtliche Bedeutung hat, lässt sich die Auseinandersetzung hiermit nicht vermeiden. 1)

c) Einen Einwand gegen die Zugehörigkeit der (zugelassenen und bestellten) besonderen Gerichte zum Rechtsweg könnte man eventuell aus § 2 EGGVG entnehmen. Hiernach finden nämlich die Vorschriften des GVG "nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit und deren Ausübung Anwendung."

Der 2. Titel des GVG macht hiervon jedoch eine Ausnahme, als er unter der Überschrift "Gerichtsbarkeit" für die Gerichtsbarkeit im allgemeinen eine Reihe von Vorschriften aufstellt. In diesem Titel sind ausser den ordentlichen Gerichten (§ 12 GVG) die besonderen Gerichte (§§ 14, 13 GVG) als Organe der Gerichtsbarkeit geregelt. Insbesondere gilt für alle diese Organe der Gerichtsbarkeit der § 17 GVG, wonach die Gerichte über die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheiden, ebenso wie für die Gerichtsbarkeit im allgemeinen das Verbot von Ausnahmegerichten und die Garantie des gesetzlichen Richters gelten (§ 16 Satz 1 und 2 GVG). "Gerichtsbarkeit" im Sinne des 2. Titels des GVG und "Rechtsweg" nach dem GVG sind beziehungsweise gleich, so dass auch die besonderen Gerichte zum Rechtsweg gehören.

Der Rechtswegbegriff des GVG ist also insofern sehr weitreichend, als er auch die besonderen Gerichte, trotz deren selbständiger Gerichtsorganisation und Gerichtsverfassung mitumfasst. Da die freiwillige Gerichtsbarkeit von den ordentlichen Gerichten ausgeübt wird, ist der Ausschluss der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom Rechtsweg umso weniger gerechtfertigt.

III. Der Rechtsweg kann "jede andere Art der Gerichtsbarkeit" aufnehmen.

§ 4 EGGVG lautet: "Durch die Vorschriften des GVG über die Zuständigkeit der Behörden wird die Landesgesetzgebung nicht gehindert, den betreffenden Landesbehörden jede andere Art der Gerichtsbarkeit sowie Geschäfte der Justizverwaltung zu übertragen. Andere Gegenstände der Verwaltung dürfen den ordentlichen Gerichten nicht übertragen werden." Der ordentliche Rechtsweg bietet hiernach Raum zur Aufnahme aller Gerichtsbarkeit. "Gerichtsbarkeit" hat in diesem Zusammenhang funktionelle Bedeutung, sie steht im Gegensatz zur Staatsfunktion der "Verwaltung" (Satz 2).

Nach den von MENDER vorgeschlagenen Definitionen für die Begriffe Rechtsprechung, Gerichtsbarkeit, Rechtspflege würde man den funktionellen Vorgang mit

1) vgl. Blomeyer, Festschrift für Hedemann, S. 193

"Rechtsprechung" bezeichnen; ¹⁾ ebenfalls auch nach den Vertretern eines "materiellen Rechtsprechungsbegriffs". ²⁾ Dagegen wäre "Gerichtsbarkeit" als kompetenzieller Begriff zu gebrauchen; ³⁾ demnach bedeutet "ordentliche Gerichtsbarkeit" die Kompetenz der Behörden der ordentlichen Gerichtsbarkeit. (In diesem Sinne § 2 EGGVG). (Rechtspflege würde nach MENGERS Definitionen einen nach der "rechtlichen Gebundenheit" abzugrenzenden materiellen Bereich darstellen, in welchem Organe aller Staatsgewalten tätig werden. ⁴⁾)

Die "Art" der Gerichtsbarkeit, welche durch die jeweiligen sachlichen Eigenschaften des typischen Verfahrensgegenstandes charakterisiert wird, spielt also für die Zuweisung in den Rechtsweg nach dem GVG - im Gegensatz zur Abgrenzung der "neueren" Rechtswege - noch keine Rolle. Es kann demnach sogar unter Erhaltung desselben Rechtsweges Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die ordentlichen Gerichte übertragen werden ⁵⁾, wie es bundesrechtlich nicht nur für einzelne Streitigkeiten (z.B. die Enteignungsentschädigung, Art. 14, Abs. 3 GG und die Ansprüche aus Amtspflichtverletzung, Art. 34, Satz 3 GG), sondern auch für grössere Rechtsbereiche, z.B. durch das Kartellgesetz (v. 27.7.57 (BGBl I 1081)) erfolgt ist.

Nach § 4 EGGVG ist es auch zulässig, dass für die auf die ordentlichen Gerichte übertragene "Art der Gerichtsbarkeit" besondere landesgesetzliche Verfahrensvorschriften ergehen. ⁶⁾ Denn eine besondere "Art der Gerichtsbarkeit" ist auch durch ein System eigener Verfahrensvorschriften gekennzeichnet. - Die freiwillige Gerichtsbarkeit ist im Sinne von § 4 EGGVG stets als eine "Art der Gerichtsbarkeit" angesehen worden. ⁷⁾ Die Vorschrift wurde sogar hauptsächlich deswegen geschaffen, damit diejenigen Länder des deutschen Reiches, in denen die freiwillige Gerichtsbarkeit vor Erlass des GVG von Gerichten ausgeübt wurde, ihre bisherige Regelung beibehalten konnten. Musste man die nach § 4 EGGVG landesrechtlich den Gerichten übertragene freiwillige Gerichtsbarkeit trotz der "anderen Art der Gerichtsbarkeit" zum Rechtsweg rechnen, so kann seit der reichsrechtlichen Regelung durch das FGG nichts anderes gelten. Entgegen der

1) Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 49, S. 36 ff.

2) Siehe unten S. 80 ff.

3) Menger, a.a.O. S. 51

4) Menger a.a.O. S. 49, S. 25 ff, besonders S. 30, S. 34

5) Vgl. RGZ 68, 28

6) vgl. Rosenberg Lb. § 10 III (S. 34)

7) vgl. Rosenberg Lb. § 5 II 1 b (S. 23)

8) vergl. Hahn, Materialien S. 930

von Rosenberg und anderen ¹⁾ vertretenen Ansicht zwingt also die inhaltliche Verschiedenheit der Gerichtsbarkeit nicht unmittelbar zur Annahme der Unzulässigkeit des Rechtswegs.

IV. Der "Rechtsweg" wird durch weitgehende Ergänzungen und Änderungen des Verfahrensrechts (durch den Landesgesetzgeber) nicht berührt.

Dass die Zulässigkeit des Rechtswegs ein kompetenzieller Begriff ist, der die Zuständigkeit einer als Gericht organisierten Behörde garantieren soll, und nicht ein bestimmtes Verfahrensrecht, hat der Gesetzgeber schon dadurch zum Ausdruck gebracht, dass nach dem GVG die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs nicht danach unterschieden ist, ob sie in einem Verfahren nach der ZPO, der StPO oder der KO auftritt; unabhängig von diesen Verfahrensordnungen bedeutet sie die Frage der Zuständigkeit der Gerichte im Gegensatz zu der von Verwaltungsbehörden und -Gerichten. Es geht dem Gesetzgeber aber auch nicht darum, den Bestand gerade des Verfahrensrechts unverändert zu erhalten und besonders gegen Abweichungen zu sichern. Dem Landesgesetzgeber ist weitgehend die Befugnis eingeräumt - ungeachtet von Einzelvorbehalten - eigenes Verfahrensrecht, auf dessen inhaltliche Ausgestaltung der Reichsgesetzgeber keinen Einfluss nimmt, zu erlassen. Soweit nach § 4 EGGVG "jede andere Art der Gerichtsbarkeit" auf die ordentlichen Gerichte übertragen werden darf, können - wie bereits erwähnt - auch landesrechtliche Verfahrensregelungen ergehen. Nach § 3 EGGVG kann die zugelassene besondere Zivilgerichtsbarkeit (§ 14 GVG) etwa die Schiffsgerichtsbarkeit ²⁾ (wie auch die besondere Strafgerichtsbarkeit) auf die ordentlichen Gerichte übertragen werden und § 3 Abs. 2 EGGVG gestattet in diesem Falle ausdrücklich ein von der ZPO "abweichendes Verfahren" nach Landesrecht. Eine Aufzählung von Vorbehalten, die dem Landesgesetzgeber ebenfalls weitreichende Selbständigkeit in der Schaffung von Verfahrensrecht belassen, enthält § 15 EGZPO (z.B. Verfahren bei Streitigkeiten betr. Zwangsenteignung und Entschädigung wegen derselben, bei Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen einen Gemeindeverband oder eine Gemeinde).

Daraus ergibt sich, dass der Einhaltung des Verfahrensrechts der ZPO nicht die erhöhte Schutzgarantie zukommt, mit der die Zulässigkeit des Rechtswegs ausgestattet ist, so dass nicht das Verfahren der ZPO den Rechtsweg ausmachen kann. Wenn ausserdem schon ein abweichendes Verfahren nach Landesrecht der Zurech-

1) S. oben S.15

2) Durch die bundesgesetzliche Regelung im Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Binnenschifffahrts- und Rheinschifffahrtssachen vom 27.9.52 (BGBl. I 641) ist die vom GVG vorgesehene Möglichkeit allerdings weggefallen.

nung zum Rechtsweg nicht entgegensteht, so können die für die freiwillige Gerichtsbarkeit geltenden (reichsrechtlichen) Verfahrensbesonderheiten (FGG usw.) erst recht nicht entgegenstehen. Die Schlussfolgerung: anderes Verfahren, also anderer Rechtsweg, ist also unrichtig.

V. Die Geltung des GVG für die freiwillige Gerichtsbarkeit.

Da die "Zulässigkeit des Rechtswegs" ein Begriff des GVG ist, kommt für die Zuordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Rechtsweg der Frage besonderer Bedeutung zu, ob das GVG auf die freiwillige Gerichtsbarkeit anzuwenden ist. Nach § 2 EGGVG finden die Vorschriften des GVG nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit und deren Ausübung Anwendung.

Die freiwillige Gerichtsbarkeit wurde deshalb nicht in das GVG vom 27.1.1877 aufgenommen, weil zur Zeit seines Erlasses die Einrichtungen zur Erledigung der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit so sehr in unzertrennlichem Zusammenhang mit dem inneren Staatsrecht der einzelnen Länder des deutschen Reiches, insbesondere mit der Einrichtung der Verwaltungsbehörden standen ¹⁾, dass einer reichsrechtlichen Regelung die Länder erhebliche Widerstände entgegengesetzt hätten; ausserdem war eine Vereinheitlichung wegen der Rechtszersplitterung in den einzelnen Ländern besonders schwierig.

Aber schon bei der Schaffung des GVG wurden die Amtsgerichte als besonders geeignet zur Erledigung von FG-Angelegenheiten angesehen und es wurde damit gerechnet, dass in den Ländern, in denen die Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit bisher den Gerichten zugeteilt waren, die freiwillige Gerichtsbarkeit nunmehr auf die ordentlichen Gerichte übertragen würden. ²⁾ Hauptsächlich zu diesem Zwecke wurde im § 4 EGGVG vorgesehen, dass durch die Vorschriften des GVG die Landesgesetzgebung nicht gehindert ist, den Gerichten jede andere Art von Gerichtsbarkeit zu übertragen.

Seitdem das FGG vom 27.5.1898 reichsrechtlich Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit den durch das GVG geschaffenen ordentlichen Gerichten übertragen hat, sind stillschweigend auch die allgemeinen, insbesondere die organisatorischen Vorschriften des GVG für anwendbar erklärt. ³⁾

1) vergl. Hahn, Materialien, S. 930

2) vergl. Hahn, a.a.O.

3) So Schlegelberger Vorbem. 4 vor § 1; Baur Lb. § 2 A I (S. 19); BGH Beschl. v. 10.2.53 (NJW 53, 744 ff.). A.A. Hellwig Lb. II § 91 (S. 154), der annimmt, dass das GVG auch nach der Einführung des FGG grundsätzlich nicht gilt, sondern nur, soweit es ausdrücklich bestimmt ist, z.B. in §§ 2, 8, 30 Abs. 2 FGG

Nach § 2 EGGVG stand also nur zur Zeit des Erlasses des GVG die freiwillige Gerichtsbarkeit grundsätzlich ausserhalb des Rechtsweges, seitdem die im GVG geregelten ordentlichen Gerichte auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig werden, kann aus dieser Vorschrift nichts mehr gegen die Rechtswegzugehörigkeit der freiwilligen Gerichtsbarkeit entnommen werden.

Dass streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit gerichtsverfassungsrechtlich zusammengehören, soll noch ein Blick auf das österreichische und das frühere preussische Recht zeigen. Das Österreichische Gesetz vom 1.8.1895 ¹⁾ über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm), das dem GVG entspricht, fasst die streitige Gerichtsbarkeit und die "Gerichtsbarkeit in Ausserstreitsachen" ausdrücklich unter "Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen" zusammen und regelt sie in demselben Gesetz. § 1 lautet: "Die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen wird, soweit dieselbe nicht durch besondere Gesetze vor andere Behörden und Organe verwiesen sind, durch ... die Gerichte ausgeübt." Nach § 41 des Gesetzes hat ein Gericht, sobald eine Rechtssache der streitigen oder nicht streitigen Gerichtsbarkeit bei ihm anhängig wird, seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen. Desgleichen betreffen die §§ 43, 44, 46 1. c. die Zuständigkeit der Gerichte und die Gerichtsbarkeit im allgemeinen. Soweit erforderlich, bestehen besondere Bestimmungen für die freiwillige Gerichtsbarkeit.

Der zweite Teil der Jurisdiktionsnorm (§§ 49 ff) ist sodann überschrieben: "Von der Gerichtsbarkeit in Streitsachen", während der dritte Titel (§§ 105 ff) "Von der Gerichtsbarkeit in Geschäften ausser Streitsachen" handelt und hier insbesondere die Zuständigkeit der Gerichte in Ausserstreitsachen regelt.

Die Preussische Allgemeine Gerichtsordnung (AGO) ²⁾ die das Gerichtsverfassungsrecht und das Verfahrensrecht der Gerichte enthielt, galt grundsätzlich sowohl für die streitige wie für die freiwillige Gerichtsbarkeit, so insbesondere die Vorschriften über den Gerichtsstand. So konnte auch ECCIUS ³⁾ mit der Einführung der ZPO auf folgenden Rechtszustand hinweisen: "Einen besonders geregelten "ordentlichen Gerichtsstand" in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit" kennt das Preussische Recht nicht. Zwar verweisen Allgem. Landrecht II, 17, § 16 und AGO II 1 §§ 2, 6 gewisse Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit vor den "persönlichen ordentlichen" Richter; darunter kann aber nur der Richter verstanden werden, der nach der jeweiligen Lage der Prozessgesetzgebung als der ordentliche Richter angesehen werden muss. Danach sind für das Gebiet des ALR an die Stelle der Bestimmungen

1) RGBl. Nr. 111

2) Genehmigung der Ausgabe durch den König am 6.7.1793; Anhang von 4.2.1815

3) Preuss. Priv.R., Bd. 4 § 261 Fussnote 7

der §§ 9, 10, 11, 16, AGO I 2 jetzt die Bestimmungen der §§ 13 ff ZPO getreten "

Die AGO handelte im Anschluss an den 1. Teil: "Prozessordnung" im 2. Teil "Von den gerichtlichen Verfahren in nicht streitigen Angelegenheiten".

Aus dem 2. Titel des 2. Teils: "Von dem Verfahren bei den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt" ergibt sich, dass Prozessgericht und FG-Gericht grundsätzlich dasselbe Gericht waren. Zunächst wird nämlich erfordert (§ 1): "I. dass die Handlung vor versammeltem Gericht oder vor einzelnen dazu ausdrücklich ermächtigten deputierten Gerichtspersonen vollzogen werde; II. dass das Gericht zur Vornehmung einer solchen Handlung an sich qualifiziert und gehörig besetzt sei." Sodann bestimmt § 3: "Die Deputation einzelner Gerichtspersonen geschieht in der Regel nur für einen gewissen bestimmten Fall. Es können aber auch, besonders an grösseren Orten und bei zahlreicher besetzten Gerichten zu gewissen Arten von Handlungen beständige Deputationen ein für alle Mal ernannt werden."

Daraus, dass die allgemeine Gerichtsordnung die Nämlichkeit des mit der streitigen und mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit befassten Gerichts voraussetzt, erklären sich auch die Vorschriften des 46. Titels des ersten Teils über "Erbsonderungen und Auseinandersetzungen." Dasselbe Gericht, das den Erbschein ausstellt und Massregeln zur Sicherung des Nachlasses trifft und den Erbrezess beurkundet, entscheidet auch zugleich über die Rechtsstreitigkeiten, die bei der Auseinandersetzung entstehen, ordnet Arreste und einstweilige Verfügungen an.

Mit diesem Blick auf verwandtes ausländisches Recht und auf die Geschichte der deutschen freiwilligen Gerichtsbarkeit zeigt sich, wie organisch und natürlich der Zusammenhang zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit ist. Eine historische Zufälligkeit (nämlich das Nacheinander in der Verreichlichung der Rechtsgebiete) hat verursacht, dass die freiwillige Gerichtsbarkeit gesetzestech- nisch nicht im GVG erscheint. Dadurch ist wohl die Neigung begünstigt worden, die freiwillige Gerichtsbarkeit als ausserhalb des Rechtswegs befindlich zu sehen.

Ob diese Betrachtungsweise richtig ist, soll nun an Einzelbestimmungen des GVG untersucht werden.

VI. Durch § 13 GVG wird die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht aus dem Rechtsweg ausgeschlossen.

§ 13 GVG lautet: "Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind."

a) Nachdem § 12 GVG die ordentlichen Gerichte zunächst aufgezählt hat, verteilt § 13 GVG die Zuständigkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (und Strafsachen) ausser auf die ordentlichen Gerichte auch auf verschiedene andere Behörden. Da § 13 GVG die Zuständigkeit regelt, stellt die Vorschrift auf die organisatorischen und formalen Merkmale der Behörden ab. Es kommt also nicht darauf an, ob die Tätigkeit des FG-Gerichts materiell Verwaltung ist (dazu siehe unten S. 80 ff), jedenfalls sind für die freiwillige Gerichtsbarkeit die ordentlichen Gerichte und deshalb gerade nicht Verwaltungsbehörden i.S. des § 13 für zuständig erklärt.

b) Aber auch die Folgerung, die Wieczorek ¹⁾ aus § 13 GVG mittelbar zieht, ist unrichtig: "GVG § 13 nennt nur die beiden ersten (gemeint ist: der drei Zweige der ordentlichen Gerichtsbarkeit) und grenzt damit das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter dem Gesichtswinkel der Zulässigkeit des Rechtswegs ab." ²⁾

§ 13 ist auch keine Abgrenzung im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit, bestimmt also nicht, welche Angelegenheiten zur streitigen, welche zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören. ³⁾ Denn in § 13 GVG handelt es sich nur um die Abgrenzung der Zuständigkeit der Gerichte gegenüber anderen Behörden, soweit bürgerliche Rechtsstreitigkeiten in Frage stehen. Es wird aber nicht die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte erschöpfend geregelt, so dass die ordentlichen Gerichte nur über die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (und Strafsachen) zu entscheiden hätten. Ausser den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten können den ordentlichen Gerichten insbesondere auch öffentlichrechtliche Rechtsstreitigkeiten übertragen werden und zwar entweder durch spezielle Zuweisungen in Reichs- bzw. Bundesgesetzen (z.B. § 9 Abs. 1 GVG: vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten; Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG: Enteig-

1) Komm. § 13 GVG Anm. B III b

2) Die Ansicht Wieczoreks wird abgelehnt in der Buchbesprechung von Schwab in NJW 1957, 1022.

3) So auch Schlegelberger, Komm. Rn 11 zu § 1; a.A. Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 12; Busch, Festgabe S. 181; Ebert-Dudek-Lindemann, S. 6

nungsentschädigung) oder durch Landesgesetze im Rahmen von § 4 EGGVG, wonach "jede Art von Gerichtsbarkeit" den ordentlichen Gerichten übertragen werden darf.

In § 13 GVG wird der Begriff der "bürgerlichen Rechtsstreitigkeit" nicht abgegrenzt, sondern vorausgesetzt.

Was eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit ist, muss - soweit positive Vorschriften überhaupt bestehen - aus anderen Vorschriften des Bundes- (bzw. Reichs-) und Landesrechts entnommen werden.

c) Eine andere Frage ist, ob man soweit gehen kann, den § 13 GVG für die Abgrenzung zwischen FG- und Verwaltungsweg anzuwenden, wie es BAUR ¹⁾ tut. Hiernach wäre § 13 GVG so auszulegen, dass vor die ordentlichen Gerichte alle privatrechtlichen Rechtsangelegenheiten gehören, soweit nicht der Verwaltungsweg oder ein Sonderrechtsweg gegeben ist. Man könnte also über § 13 GVG sowohl zur Zuständigkeit des ordentlichen Prozessgerichts als auch des FG-Gerichts gelangen, wenn man die privatrechtliche Natur der Rechtssache festgestellt hat. (Dies würde dem oben angeführten § 1 der österreichischen Jurisdiktionsnorm entsprechen). Baur geht hierbei von einem Urteil des BGH vom 4.2. 1952 ²⁾ aus, wonach Art. 104 Abs. 2 GG, auch solange zu seiner Durchführung noch kein Gesetz über die Freiheitsentziehung ergangen war ³⁾, geltendes Recht gewesen sei und über die Freiheitsentziehung mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung in analoger Anwendung des Artikels 19 Abs. 4 GG die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung im FG-Verfahren zuständig gewesen seien. Während der BGH die Anwendung des FGG mit der gegenüber dem Streitverfahren besseren Eignung des FG-Verfahrens und der Ähnlichkeit der Freiheitsentziehung mit anderen bereits im FG-Verfahren zu entscheidenden Angelegenheiten begründet, gelangt Baur über § 13 GVG unmittelbar zur Zulässigkeit des FG-Verfahrens. Da aber § 13 GVG ausdrücklich nur die Zuständigkeitsverteilung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten regelt und die Zuständigkeiten der FG-Behörden grundsätzlich positiv aufgezählt sein müssen, so ist für die Zuweisung von FG-Sachen eine Generalklausel, wie sie in § 13 GVG für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten besteht, nicht möglich.

Dennoch bleibt es dabei, das letztere Generalklausel für die Zuständigkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nicht bedeutet, dass die FG-Sachen vom ordentlichen Rechtsweg ausgeschlossen sein sollen.

1) Lb. § 2 A I (18/19)

2) BGHZ 5, 51

3) Nun Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehung vom 29.6.1956 (BGBl. I S. 599)

VII. § 17 GVG entscheidet über die Zugehörigkeit zum Rechtsweg.

Der Begriff "Rechtsweg" wird durch § 17 Abs. 1 GVG in Verbindung mit § 17 Abs. 2 GVG zwar nicht in der Form einer ausdrücklichen, aber einer indirekten Legaldefinition bestimmt: "Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs" (§ 17 Abs. 1).

Es klingt wie eine *petitio principii*, kennzeichnet jedoch den Umfang des in § 17 GVG verwendeten Begriffs des "Rechtswegs": alle Gerichte, die nach § 17 Abs. 1 GVG bindend über die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheiden, müssen notwendig zum Rechtsweg gehören; diejenigen Stellen, die dagegen an die Entscheidung nach § 17 Abs. 1 GVG gebunden sind, können nicht zum Rechtsweg gehören.

Damit man die Kompetenz-Kompetenz der FG-Gerichte im Ganzen bejahen kann, muss einerseits feststehen, dass die Behörden des Verwaltungswegs an die Entscheidungen der FG-Gerichte über die Zulässigkeit des Rechtswegs gebunden sind. Dann ist die weiter nötige Feststellung bereits erleichtert, dass die Gerichte der streitigen Gerichtsbarkeit den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegenüber keine Kompetenz-Kompetenz besitzen. Wäre nämlich zwischen den Gerichten der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Streit über die Zulässigkeit des Rechtswegs möglich und könnten die Gerichte der streitigen Gerichtsbarkeit diesen bindend entscheiden, so könnten die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht selbst zum Rechtsweg gehören.

1.) Dass die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Kompetenz-Kompetenz gegenüber den Verwaltungsbehörden haben, wird nirgends ausdrücklich bestritten; ausdrücklich bejaht wird es von BAUR ¹⁾. Gewöhnlich spricht man die Kompetenz-Kompetenz allgemein den ordentlichen Gerichten zu ²⁾, so dass sie also ohne weiteres auch den im FG-Verfahren tätig werdenden ordentlichen Gerichten zustehen müsste. Es entspricht der Stellung der unabhängigen Gerichte im Staatsaufbau und dem Verhältnis der Gerichte zu der Exekutive, dass die Gerichte, gleichgültig ob sie im streitigen oder nichtstreitigen Verfahren tätig werden, über ihre Zuständigkeit selbst verbindlich entscheiden können.

2.) Im Gegensatz hierzu nimmt aber eine weitverbreitete Meinung die Kompetenz-Kompetenz der Gerichte der streitigen Gerichtsbarkeit gegenüber den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit an und zwar meistens in dem folgenden Sinne: "Die Entscheidung des Prozessrichters ist bei Überschreitung der Grenze (gemeint

1) Lb. § 2 II 1 (S. 20)

2) vergl. Rosenberg, Lb. § 11 III 2 (S. 45);
derselbe Festschrift für Lent, S. 237

ist: der streitigen Gerichtsbarkeit) bindend (§ 17 Abs. 1 GVG)" ¹⁾ oder: "Erledigt der Prozessrichter eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so überschreitet er die Gerichtsbarkeitsschranken. Aber da er die Kompetenz-Kompetenz hat, so ist die Frage, ob er das getan hat, abgeschnitten." ²⁾

Diese Stellungnahmen meinen jedoch in Wirklichkeit nicht, dass der Übergriff des Prozessrichters für den FG-Richter bindend (im Sinne des § 17 Abs. 1 GVG) ist, sondern vielmehr, dass der Übergriff wirksam ist.

Deutlich kommt das bei ROSENBERG ³⁾ zum Ausdruck: "Hat aber der Prozessrichter ein Urteil in einer Sache erlassen, die im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erledigen gewesen wäre, so muss man GVG § 17 Abs. 1 analog anwenden und die Wirksamkeit des Urteils anerkennen." ⁴⁾ Bei der Frage der Anwendbarkeit des § 17 Abs. 1 dürfen jedoch "Wirksamkeit" und "Bindung" nicht verwechselt oder gar gleichgesetzt werden.

Wirksamkeit einer Entscheidung bedeutet nur, dass sie gültig und nicht nichtig ist, dass sie die mit ihr nach dem Gesetz verbundene Wirkung entfaltet, mag sie auch fehlerhaft sein.

Kompetenz-Kompetenz ist eine Form der Bindung an die Entscheidung einer anderen Behörde. Sie hat zur Folge, dass für denselben Gegenstand sich eine andere Behörde nicht ebenfalls für zuständig oder unzuständig erklären kann.

Die Kompetenz-Kompetenz des § 17 Abs. 1 GVG bindet Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte, die Kompetenz-Kompetenz, die den Gerichten im Zuge der Neuschaffung der Rechtswege durch die neueren Verfahrensgesetze verliehen ist, bindet die Gerichte anderer Rechtswege (§ 52 SGG, § 48 ArbGG, § 25 BVerwGG; vergl. auch § 39 des Entwurfes z. VGO und § 38 des Entwurfes z. FGO).

1) StJSch Vorbem. III 3 vor § 1 ZPO

2) Hellwig, Lb. I § 12 (S. 96) und ders. S. 88: "Die ordentlichen Gerichte haben die Kompetenz-Kompetenz schlechthin, auch gegenüber den besonderen Gerichten und den FG-Organen." In abgeschwächter Form hält auch Wieczorek (Komm. § 17 GVG Anm. A 2) den Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz der ordentlichen Zivilgerichte gegenüber (den Strafgerichten und) den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufrecht.

3) Lb. § 13 III 2 c (S. 56)

4) ähnlich nimmt auch Lent Nichtigkeit der Entscheidung des FG-Gerichts in einer zur streitigen Gerichtsbarkeit gehörenden Sache an und bringt dies in Zusammenhang mit der fehlenden Kompetenz-Kompetenz des FG-Gerichts (Kurzlb. des Ziv. Proz. R. S. 12); desgl. Baur Lb. § 2 V 1 a.E. (S. 37)

Wirksamkeit und Bindungswirkung einer Entscheidung stehen nur insofern in einer Beziehung, als Wirksamkeit stets die Voraussetzung der Bindung ist. Aber die Bindung muss einer Kompetenzentscheidung besonders verliehen sein. Grundsätzlich hat jede Behörde ihre Zuständigkeit bezgl. der vor sie gebrachten Sachen selbst zu prüfen und über sie zu entscheiden; aber sie hat in der Regel nicht die Kompetenz-Kompetenz. ¹⁾ Insbesondere besteht keine Kompetenz-Kompetenz der Gerichte des Rechtswegs untereinander, etwa auch nicht zwischen Zivilprozess- und Strafprozessgericht. Ein Übergriff in ein anderes Ressort kann zwar trotz Fehlens einer Kompetenz-Kompetenz wirksam sein; ob man aus solcher Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von Übergriffen im Verhältnis zwischen den Gerichten der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit Schlüsse auf die Zugehörigkeit der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Rechtsweg ziehen kann, soll weiter unten erörtert werden ²⁾. Da der Übergriff aber der Bindungswirkung ermangelt und deshalb eine eigene, evtl. widersprechende Entscheidung in dem übergangenen Ressort nicht ausschliesst, kann man den bloss wirksamen Übergriff nicht als Kompetenz-Kompetenz im Sinne des § 17 GVG bezeichnen. Jedenfalls besteht eine Bindung der FG-Gerichte an die Entscheidungen der Streitgerichte im Sinne einer Kompetenz-Kompetenz nach § 17 Abs. GVG nicht. ³⁾

Es wäre ein Widerspruch, einerseits den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Kompetenz-Kompetenz zuzusprechen, soweit sie gegenüber den Behörden des Verwaltungswegs befinden, andererseits die Gerichte der streitigen Gerichtsbarkeit gegenüber denen der freiwilligen Gerichtsbarkeit für kompetenz-kompetent zu halten. Die Kompetenz-Kompetenz gibt allen Gerichten einheitlich ein Vorrecht gegenüber allen "Nichtgerichten". Wenn die FG-Gerichte aber gegenüber den Behörden des Verwaltungswegs über die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheiden, müssen die FG-Gerichte selbst zum Rechtsweg gehören.

Mit dem Problem der Kompetenz-Kompetenz im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit hängt auch die Frage zusammen, ob der Prozessweg dadurch eröffnet werden kann, dass sich das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu Unrecht für unzuständig erklärt hat. Der BGH hat im Urteil vom 30.11.55 ⁴⁾ die Frage, ohne allerdings näher hierauf und insbesondere auf die Kompetenz-Kompetenz einzugehen, verneint, was sich im Ergebnis mit der hier

1) Hellwig, Lb. I § 12 (S. 87)

2) unten Kap. 6

3) Schlegelberger, Komm. Rn. 12 zu § 7: "Das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat seine Zuständigkeit selbst zu prüfen und ist hierbei an eine Entscheidung des Prozessgerichts nicht gebunden."

4) BGHZ 19, 185/195 (195)

vertretenen Auffassung deckt, wonach die Gerichte des Rechtswegs nicht nach § 17 GVG untereinander an ihre Zuständigkeits- bzw. Unzuständigkeitsentscheidung gebunden sind.

3.) Dass die FG-Gerichte die Kompetenz-Kompetenz gegenüber den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten haben, geht auch daraus hervor, dass zwischen ihnen und den Behörden des Verwaltungswegs ein Kompetenz-Konflikt gemäss § 17 Abs. 2 GVG möglich ist. In Artikel 27 des bayer. Kompetenz-Konfliktgerichtshofgesetzes ¹⁾ ist gesagt: "Die Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes finden auf nicht zur streitigen Gerichtsbarkeit gehörende Angelegenheiten, welche bei einem Gerichte anhängig sind und bezgl. deren die gerichtliche Entscheidung von den Verwaltungsbehörden oder dem Verwaltungsgerichtshofe für unzulässig erachtet wird, entsprechende Anwendung."

Wo ein Kompetenz-Konflikt möglich ist, besteht auch die Kompetenz-Kompetenz, denn die Entscheidung des Kompetenz-Konfliktgerichtshofs über die Zulässigkeit, bzw. Unzulässigkeit des Rechtswegs tritt lediglich an die Stelle der Kompetenzentscheidung nach § 17 Abs. 1 GVG, setzt also die Kompetenz-Kompetenz voraus; die Einrichtung des Kompetenz-Konfliktgerichtshofs dient lediglich einer gewissen Kontrolle und Einschränkung der Kompetenz-Kompetenz.

Deshalb geht SCHÖNKE fehl, wenn er im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit wohl einen Kompetenzkonflikt gem. § 17 Abs. 2 GVG für unzulässig hält, aber dennoch die Kompetenz-Kompetenz der Prozessgerichte gegenüber den FG-Gerichten annimmt. ^{2) 3)} Art. 27 KompKonflGHG ist hier nach ein starkes Argument für die Zugehörigkeit der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Rechtsweg.

4.) Gegen die Kompetenz-Kompetenz der Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit könnte man aus § 17 Abs. 2 Ziff. 4 GVG einen Einwand erheben: die Entscheidung des Gerichts, das nach § 17 Abs. 1 GVG die Zulässigkeit des Rechtswegs bejaht hat, bleibt hiernach massgeblich und folglich kann der Kompetenzkonfliktgerichtshof nicht mehr angerufen werden, "sofern die Zulässigkeit des Rechtswegs durch rechtskräftiges Urteil feststeht." Man könnte daraus schliessen, dass die Zulässigkeit des Rechtswegs (wie auch die Unzulässigkeit) nur durch Urteil und zwar durch rechtskräftiges Urteil bindend festgestellt werden könne. Ähnlich

1) Gesetz, die Entscheidung der Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder dem Verwaltungsgerichtshofe betreffend, vom 18.8.1879 (GVGl. S. 991)

2) siehe oben S. 48 Anm. 1

3) derselbe Widerspruch auch bei Hellwig, Lb. I S. 92 und Kern, HDStR II S. 481

behandeln die neueren Verfahrensgesetze nur rechtskräftige Rechtswegvorgriffe und sprechen diesen bindende Wirkung zu. (So § 25 BVerwGG: der Vorgriff eines anderen Gerichts durch "rechtskräftige Entscheidung" ist für das Bundesverwaltungsgericht bindend; §§ 48 a Abs. 1, 2 ArbGG, 52 Abs. 1, 2 SGG, 38 Abs. 1, 2 Entw. FGO, 39 Abs. 1, 2 Entw. VGO; hat das Gericht den Rechtsweg zu sich zuvor rechtskräftig für zulässig, bzw. unzulässig erklärt, so sind die anderen Gerichte daran gebunden).

a) Es ist jedoch unbeachtlich, in welcher Form die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs ergeht. Es steht der Kompetenz-Kompetenz der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht entgegen, dass die FG-Entscheidungen in der Form einer "Verfügung" oder eines Beschlusses ergehen. § 17 Abs. 2 Ziff. 4 GVG spricht nur deshalb allein vom "Urteil", da zur Zeit des Erlasses des GVG die Rechtswegfrage praktisch nur in Verfahren nach der ZPO und der StPO aufgetreten ist (vergleiche § 2 EGGVG) und nach diesen Verfahrensordnungen die ordentlichen Gerichte die bejahenden Entscheidungen über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Urteilsform treffen, das Zivilgericht im Zwischenurteil (§ 275 Abs. 1, § 303 ZPO) oder in den Gründen des Endurteils, das Strafgericht ebenfalls in den Gründen des Urteils. Die Verneinung der Zulässigkeit erfolgt ebenfalls nur durch Urteil; entweder im Zwischenurteil (§ 275 Abs. 2 ZPO) oder im klageabweisenden Prozessurteil.

Anders ist die verfahrensrechtliche Lage, die den neueren Verfahrensgesetzen bei der Regelung der Rechtswegvorgriffe zugrunde liegt. Hiernach kann die Entscheidung über die Zulässigkeit eines Rechtswegs auch in einem Beschlussverfahren auszusprechen sein, etwa wenn das Arbeitsgericht in dem Beschlussverfahren nach §§ 80 ff ArbGG ausdrücklich oder in den Entscheidungsgründen über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen (§ 48 a ArbGG.) oder die Zulässigkeit eines anderen Rechtswegs befindet. Nach § 125 SGG (ebenso § 108 Entw. VGO, 84 Entw. FGO) wird über die Klage nur insoweit nichts anderes bestimmt ist, durch Urteil entschieden; insbesondere kann aber die Klage, die sich als unzulässig (oder als offenbar unbegründet) erweist, durch einen Vorbescheid abgewiesen werden, (§ 105 Abs. 1 SGG; ebenso § 85 Abs. 1 Entw. VGO, ähnlich § 71 Abs. 1 Entw. FGO). Um diesen Umständen Rechnung zu tragen, kann nach den neueren Verfahrensgesetzen der Rechtswegvorgriff nicht nur durch "rechtskräftiges Urteil" (wie § 17 Abs. 2 Ziff. 4 GVG), sondern durch jede rechtskräftige Entscheidung ergehen.

b) Sowohl nach dem GVG wie nach den neueren Verfahrensgesetzen ist es erforderlich, dass die Rechtswegentscheidung rechtskräftig ist, damit sie die ihr eigentümliche Bindungswirkung entfalten kann. Entscheidend muss es hiernach auf den Eintritt der formellen Rechtskraft - also darauf, dass kein Rechtsmittel mehr gegen die Entscheidung eingelegt werden kann - ankommen. Soweit die Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit formelle Rechtskraft erlangen können, be-

steht kein Hindernis, ihnen nach § 17 Abs. 1, Abs. 2 Ziff. 4 GVG dieselbe Bindungswirkung zuzuerkennen, wie den formell rechtskräftigen Urteilen der Prozessgerichte; formelle Rechtskraft ist in der freiwilligen Gerichtsbarkeit hauptsächlich für die Entscheidungen in sogenannten "echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit" vorgesehen (z.B. § 16 Abs. 1 HausrVO; § 18 Abs. 2 Satz 1 VertrHG; § 45 WEG), ausserdem in den Fällen, in denen das Gesetz die sofortige Beschwerde gegen eine Entscheidung zulässt (z.B. §§ 53 Abs. 1, 56 Abs. 2, 60 u. a. m. FGG).

BAUR nimmt an ¹⁾, dass Entscheidungen des FG-Gerichts, wenn sie nicht formell rechtskräftig werden, keine bindenden Kompetenzentscheidungen sind. In § 17 Abs. 2 Ziff. 4 GVG hat aber das Erfordernis des Eintritts der formellen Rechtskraft der Kompetenzentscheidung die Bedeutung, dass der Kompetenzkonfliktgerichtshof nicht mehr angerufen werden soll, wenn die Zulässigkeit des Rechtswegs bereits rechtskräftig festgestellt ist; denn gegen das Urteil, das eventuell zugleich auch Sachentscheidung ist, soll nicht durch das Verfahren des Kompetenzkonfliktgerichtshofs, der als eine Art besonderen Rechtsmittelgerichts tätig wird, eine zusätzliche Rechtsmittelinstanz eröffnet werden. Da diejenigen Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die nicht formell rechtskräftig werden, jederzeit noch mit Rechtsmitteln angefochten werden können, so hat die Übertragung der Regelung des § 17 GVG auf diese Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur die Folge, dass die Erhebung eines Kompetenzkonflikts stets möglich ist; es besteht aber kein Grund, die Möglichkeit der Erhebung eines Kompetenzkonflikts mangels formeller Rechtskraft auszuschliessen, wie ihn auch Art. 27 BayKompKonflGHG nicht ausschliesst.

Allerdings sind die nicht der formellen Rechtskraft fähigen Entscheidungen nicht unabänderlich (§ 18 Abs. 1 FGG). Dies betont BAUR als Begründung dafür, dass sie nicht als bindende Kompetenzentscheidungen in Frage kommen. ²⁾ Aber auch die formell rechtskräftigen Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind weitgehend abänderlich, wenn sich die Tatsachen ändern, auf denen sie beruhen; ausserdem können jederzeit abweichende neue Entscheidungen ergehen, soweit nicht ausnahmsweise eine materielle Rechtskraft entgegensteht. ³⁾ Überhaupt kann es für die Bindungen an Kompetenzentscheidungen nicht auf ihre Abänderlichkeit ankommen, sondern darauf, ob das Verfahren beendet ist.

Bei Erlass formell rechtskräftiger Entscheidungen erfolgt diese Beendigung mit Eintritt der formellen Rechtskraft, bei den nicht formell rechtskräftigen Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist mit dem Wirksamwerden der Entschei-

1) Lb. § 2 A II 1 a E (S. 20)

2) Lb. § 2 II 1 a. E. (S. 20)

3) vgl. Schlegelberger, Rn. 22 zu § 18 FGG

derung (§ 16 FGG) das Verfahren abgeschlossen, denn es besteht keine Frist, binnen der der Abschluss des Verfahrens in Schwebe gehalten wird. Wie es auch sonst häufig der Fall ist, bedeutet also "rechtskräftige" Entscheidung nur soviel wie "rechtswirksame" Entscheidung.

Es ist das Ziel der neueren Verfahrensgesetze, für die verschiedenen Rechtswegentscheidungen ein System lückenloser Bindung zu schaffen, damit positive und negative Kompetenz-Konflikte vermieden werden. Wären die Gerichte anderer Rechtswege an nicht rechtskraftfähige Entscheidungen eines FG-Gerichts nicht gebunden, so könnten Kompetenzkonflikte entstehen, wenn das FG-Gericht seine Entscheidung nicht wieder rückgängig macht; hierzu ist es grundsätzlich nach § 18 Abs. 1 FGG zwar berechtigt, aber allein deshalb, weil ein anderes Gericht ebenfalls seine Zuständigkeit bejaht bzw. verneint, nicht verpflichtet. Hält ein Gericht eines anderen Rechtswegs die zuvor getroffene Entscheidung eines FG-Gerichts über die Zulässigkeit des Zivilrechtswegs für fehlerhaft, so kann das andere Gericht sich nicht ohne weiteres über diese Entscheidung des FG-Gerichts hinwegsetzen, sondern muss bei dem FG-Gericht die Änderung nach § 18 Abs. 1 FGG anregen. Gerade weil auf diese Weise die FG-Entscheidung leicht abgeändert werden kann, erscheint es als besonders gerechtfertigt, dass die anderen Gerichte an die Kompetenzentscheidung des FG-Gerichts gebunden sind, solange sie nicht tatsächlich aufgehoben ist.

5. Kapitel:

DIE MÖGLICHKEIT DER VERWEISUNG IM HINBLICK AUF DEN STREIT ÜBER DIE ZULÄSSIGKEIT DES RECHTSWEGS.

A. DIE BEZIEHUNG VON VERWEISUNG UND ZULÄSSIGKEIT DES RECHTSWEGS IM ALLGEMEINEN.

I. Die Ansicht, dass der Umfang der Verweisungsmöglichkeit mit dem der Zulässigkeit des Rechtswegs zusammenfalle, erscheint in verschiedenen Folgerungen:

1. Voraussetzung der Verweisung (nach § 276 ZPO) sei die Zulässigkeit des Rechtswegs im Verhältnis der Gerichte, zwischen denen verwiesen werden soll.

Soweit das Verhältnis zwischen den ordentlichen und den Sondergerichten als eines der Zulässigkeit des Rechtswegs angesehen wird, wird die Verweisung unter Berufung auf diesen Satz abgelehnt. ¹⁾ Im Verhältnis zwischen Prozessgericht und

1) Baumbach-Lauterbach, Komm. Anm. 1 B zu § 276 ZPO, wobei das auf die

FG-Gerichten wird die Verweisungsmöglichkeit vielfach mit dem Hinweis auf die Unzulässigkeit des Rechtswegs abgelehnt. So lässt SCHÖNKE ¹⁾ die Verweisung nur in Ausnahmefällen zu: "... allerdings wird man sie, obwohl es sich nicht um sachliche Zuständigkeit, sondern um Zulässigkeit des Rechtswegs handelt, aus praktischen Erwägungen dann wohl zulassen können, wenn für beide Verfahren dieselbe Art von Gerichten zuständig ist." (Als Beispiel wird hierfür angeführt: die Gerichte in Landwirtschaftssachen). ²⁾

Trotz der Vorschrift des § 3 Abs. 5 LVO, welche die entsprechende Anwendung von § 276 ZPO im Landwirtschaftsverfahren bestimmte, ³⁾ wurde die Verweisung zwischen Landwirtschaftsgericht und Prozessgericht wegen der Unzulässigkeit des Rechtswegs verschiedentlich abgelehnt, bevor sich die Gegenmeinung allgemein durchsetzen konnte. ⁴⁾ ⁵⁾

2. Auf der Ansicht, dass Voraussetzung der Verweisung die Zulässigkeit des Rechtswegs ist, beruht der folgende Umkehrschluss: soweit Verweisung möglich ist, handelt es sich nicht um Zulässigkeit des Rechtswegs, sondern um sachliche Zuständigkeit. Demgemäss begründet die herrschende Meinung das Zuständigkeitsverhältnis zwischen den Arbeitsgerichten und den ordentlichen Gerichten (ausser mit § 528 ZPO) hauptsächlich mit der entsprechenden Anwendbarkeit von

Fortsetzung Fussnote 1, Seite 53:

Rechtsprechung des RG, dass es sich im Verhältnis zu den Sondergerichten um Zulässigkeit des Rechtswegs handelt, gestützte Ergebnis als "unpraktisch" bezeichnet wird. Pagenstecher, JW 38, 2256: "§ 276 ist unzweifelhaft nicht anzuwenden, wenn der Rechtsweg unzulässig ist."

1) StJSch Anm. II 1 zu § 276 ZPO

2) KG, ZZP 51, 114 ff (118) lehnt § 276 ZPO für die Aufwertungsstelle wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs ab.

3) dazu siehe unten S. 59

4) So noch AG Bünde, Beschl. v. 15.12.48, JMBINRW 50, 65; OLG München, BayJMBI 51, 170 (für die Bauerngerichte);

5) Ebenso hat das OLG Düsseldorf, RzW 1951, 118 und 302, die Verweisung in Rückerstattungssachen vor den Wiedergutmachungsbehörden an die Prozessgerichte unter Berufung auf die Unzulässigkeit des Rechtswegs abgelehnt; a.A. Cora, RzW 1952, 135

§ 276 ZPO (über § 48 Abs. 1 ArbGG). ¹⁾

Der folgerichtige Schluss aus den wiedergegebenen Sätzen wäre: soweit Verweisung zwischen FG-Gerichten und Prozessgerichten zulässig ist, besteht ein Zuständigkeitsverhältnis, wo sie nicht zulässig ist, gilt Unzulässigkeit des Rechtswegs. Dies ist die oben (1. Kapitel III. Abschn.) bereits angeführte Ansicht Wieczoreks.

II. Solange es nur den einen Rechtsweg des GVG und praktisch nur die eine Verweisung nach § 276 ZPO (ausserdem nur §§ 97 ff. GVG für die Kammern für Handelssachen) gab, konnte sich der Grundsatz: die Zulässigkeit des Rechtswegs entspricht dem Umfang der Verweisungsmöglichkeit und umgekehrt, entwickeln. Gerade bei der Anwendung auf die Sondergerichte (überwiegende Meinung: sachliche Unzuständigkeit und Verweisung) und die FG-Gerichte (herrschende Meinung: Unzulässigkeit des Rechtswegs und keine Verweisung) schien er sich als brauchbar zu erweisen.

Der Grundsatz, dass der Bereich der Verweisung und der der Zulässigkeit des Rechtswegs übereinstimmen, hat jedoch seit der Schaffung der neuen Rechtswege und der **weitgehenden** Zulassung der Verweisung unter den Rechtswegen auch für die Abgrenzung des GVG-Rechtsweges keine Bedeutung mehr. Heute können die Gerichte des Verweisungsverhältnisses (abgesehen von der Verweisung wegen örtlicher Unzuständigkeit) in einem Verhältnis

- a) der Zulässigkeit des Rechtswegs oder
- b) der sachlichen Zuständigkeit oder
- c) der Geschäftsverteilung stehen.

a) Rechtswegverweisungen.

Die Verweisung von einem Rechtsweg in einen anderen ist heute noch nicht in einer allgemeinen Rechtswegverweisungsvorschrift bestimmt (diese ist vorgesehen in § 39 Abs. 4 mit Abs. 3 Entw. VGO), sondern in einer Reihe von Einzelschriften der neueren Verfahrensgesetze.

Sie ist zulässig:

- aa) von jedem oberen Bundesgericht, das den zu ihm beschrifteten Rechtsweg

1) RAG 19, 186; Wieczorek Anm. B IV b zu § 13 GVG: da das Verhältnis der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu den Sondergerichten schon ein Verweisungsverhältnis geworden ist, darf man es nur noch unter dem Gesichtspunkt der ausschliesslichen Zuständigkeit betrachten; nicht weiter kann aber dann auch die Trennung zwischen den einzelnen besonderen ordentlichen Gerichten und den allgemeinen ordentlichen Gerichten gehen.

nicht für zulässig hält, an das für zuständig gehaltene Gericht des ersten Rechtszuges (§ 81 BVerwGG);

bb) von einem Gericht der Sozialgerichtsbarkeit an das Gericht des ersten Rechtszuges, zu dem es den Rechtsweg für gegeben hält (§ 52 Abs. 3 Satz 1 SGG);

cc) von einem Gericht für Arbeitssachen, an das Gericht des ersten Rechtszuges, zu dem es den Rechtsweg für gegeben hält (§ 48 a Abs. 3 Satz 1 ArbGG), wobei jedoch für die Verweisung zwischen Arbeitsgerichten und ordentlichen Gerichten die Sonderregelung des § 48 Abs. 1 (=Verweisung auf § 276 ZPO) besteht;

dd) In § 38 Abs. 3 FGO (Entwurf) ist eine ähnliche Vorschrift vorgesehen.

ee) Ob und inwieweit diese Einzelbestimmungen einen allgemeinen Grundgedanken enthalten, der auch für andere Fälle der Rechtswegverwechslung in Betracht kommt, ist umstritten. ¹⁾

b) Verweisung bei Zuständigkeitsverhältnis.

Wegen der Unsicherheit des Begriffes "sachliche Zuständigkeit" besteht keine Klarheit darüber, in welchen Fällen Verweisung wegen sachlicher Unzuständigkeit in Betracht kommt. Zwischen Streitgerichten der Justizgerichtsbarkeit ist Verweisung zwischen Amtsgericht und Landgericht zulässig (§§ 276, 506 ZPO). Für das Verhältnis zwischen den besonderen Abteilungen der ordentlichen Gerichte und den gewöhnlichen ordentlichen Gerichten kann, obwohl es nur einzelne Verweisungsvorschriften gibt, weitgehende Verweisungsmöglichkeit angenommen werden. ²⁾ Wie § 32 Absatz 2 Warenzeichengesetz die Verweisung an das (für die Bezirke mehrerer Landgerichte bestimmte Gericht für Warenzeichensachen von der Zivilkammer eines "anderen" Landgerichts ermöglicht, kann auch unter den entsprechenden Abteilungen desselben Landgerichts verwiesen werden. Dasselbe gilt nach der hiermit übereinstimmenden Regelung des § 19 Abs. 2 Gebrauchsmustergesetz, soweit es sich um das Verhältnis zwischen den in Gebrauchsmustersachen für zuständig erklärten Patentgerichten und den Zivilkammern han-

1) Durch Urteil vom 6.1.56 (JZ 56, 770 = NJW 56, 604 hat das BVerwG ein Urteil des BayVGh vom 7.10.55 aufgehoben, in welchem die Verweisung vom VGh an ein Arbeitsgericht ausgesprochen war. Dem BVerwG im Ergebnis beistimmend: Böttcher, JZ 56, 753 ff und JZ 57, 568 ff. Dagegen befürworten eine Ausdehnung der Rechtswegverweisung: BayVGh Urteil v. 25.4./16.5.55 (DÖV 55, 474 = JR 55, 312), Bettermann JZ 57, 321 gegen Böttcher a.a.O., Schönke-Schröder-Niese Lb. ds. Ziv. ProzR. § 13 S. 82 ff, neuestens Zunft, MDR 58, 68

2) vgl. Wieczorek § 276 ZPO Anm. A II b 1; StJSch § 276 ZPO Anm. II 1

delt. Für die Patentgerichte selbst besteht keine eigene Regelung. Der Bundesgerichtshof hat im Urteil vom 7.11.52 ¹⁾ sachliche Zuständigkeit und Verweisungsmöglichkeit angenommen, doch mit der Einschränkung: "Ob die Gerichte für Patentsachen für diese Rechtsstreitigkeiten allerdings im strengen Sinne sachlich zuständig sind, oder ob es sich dabei um eine funktionelle Zuständigkeit im Sinne der Verteilung bestimmter Geschäfte handelt, bedarf keiner Entscheidung, denn die für Patentstreitsachen, zuständigen Landgerichte stehen rechtlich den besonderen Gerichten gleich, die auch sonst für bestimmte Gruppen von Streitsachen bestimmt sind, wie z.B. den Auseinandersetzungsbehörden im Rentengutsverfahren, dem Reichswirtschaftsgericht, den Rheinschiffahrtsgerichten, oder schliesslich den Arbeitsgerichten." Es liegt auf der gleichen Linie, wie die Patentgerichte auch die übrigen besonderen Spruchabteilungen der ordentlichen Gerichte in ein Verweisungsverhältnis einzubeziehen: die Gerichte für Auslandsschuldenrechtsstreitigkeiten ²⁾, die Schiffahrtsgerichte ³⁾, die Kammern für Baulandsachen ⁴⁾, die Kammern für Wertpapierbereinigung ⁵⁾, Restitutions- oder Rückerstattungskammern. ⁶⁾ § 276 ZPO wird auch im Verhältnis zwischen Prozessgericht und Konkurs-, Vergleichsgericht für anwendbar gehalten, ⁷⁾ mit der Begründung, weil auch sie nach der ZPO verfahren.

1) BGHZ 8, 16 ff

2) § 11 des Gesetzes z. Ausf. d. Abkommens, v. 27.2.53 über deutsche Auslandsschulden vom 24.8.53 (BGBl I S. 1003)

3) Ges. über das gerichtliche Verfahren in Binnen- und Rheinschiffahrtssachen vom 27.9.52 (BGBl I S. 641),

4) Baulandbeschaffungsges. v. 5.8.53 (BGBl I S. 720) vergl. §§ 34 Abs. 2, 35

5) Wertpapierbereinigungsgesetz v. 19.8.49 (WiGBI S. 295)

6) Für die US-Zone G. v. 10.11.1947; für die brit. Zone Nr. 59 v. 12.5.49

7) Wieczorek § 276 ZPO Anm. A II b 1

c) Verweisung bei Geschäftsverteilungsverhältnis.

Das Verhältnis zwischen den Kammern für Handelssachen und den Zivilkammern, zwischen welchen ebenfalls Verweisung zulässig ist, (§§ 97 ff GVG) betrifft nicht die sachliche Zuständigkeit, sondern ist ein Fall gesetzlich geregelter Geschäftsverteilung. ¹⁾

Unter den gleichartigen Abteilungen, Kammern, Senaten eines Gerichts (= gerichtliche Geschäftsverteilung) findet dagegen keine Verweisung statt, höchstens formlose Abgabe ²⁾; die Verweisung nach § 276 ZPO ergeht auch nicht an eine bestimmte Spruchabteilung des Gerichts, sondern an das Gericht als Ganzes, z.B. das Amtsgericht, das Arbeitsgericht. Da unter gleichartigen, im Verhältnis der Geschäftsverteilung stehenden Spruchorganen eines Gerichts grundsätzlich Verweisung unzulässig ist, hat der Bundesgerichtshof in dem bereits zitierten Urteil die Patentgerichte hinsichtlich der Verweisung unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Zuständigkeit betrachtet, wenn er auch die Anlehnung an die Geschäftsverteilung nicht ganz ausschliessen wollte. ³⁾

In der jüngsten Zeit ist ein weiterer Fall "gesetzlicher Geschäftsverteilung" bestimmt worden. Nach § 87 Abs. 2 des Kartellgesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ⁴⁾ sind die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach dem Kartellgesetz "Handelssachen im Sinne der §§ 93 - 114 des GVG", so dass insbesondere auch die Verweisungsvorschriften nach 97 ff GVG im Verhältnis zwischen Kartellgericht und allgemeinem Prozessgericht gelten.

Demnach ist festzustellen, dass das Bestehen einer Verweisungsmöglichkeit nichts über das Verhältnis der Gerichte zueinander besagt.

B. DIE "ABGABE" ZWISCHEN FG-GERICHT UND PROZESSGERICHT.

I. In Rechtsprechung und Rechtslehre ist noch ungeklärt die Frage, in welchem Verhältnis die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die der streitigen Gerichtsbarkeit zueinander stehen, wenn zwischen ihnen Abgabe zulässig ist. Dabei bedeutet "Abgabe", übereinstimmend mit "Verweisung", dass es dem abgebenden Gericht von vornherein an eigener Zuständigkeit mangelt und das Emp-

1) So Wieczorek § 1 ZPO Anm. B IV a; Baumbach § 97 GVG Anm. 1 A; Rosenberg Lb. § 32 II 1 (S. 132)

2) vgl. BGH Urteil vom 15.5.53 MDR 53, 544

3) wobei allerdings zu Unrecht Geschäftsverteilung mit funktioneller Zuständigkeit gleichgesetzt wird..

4) vom 27.7.57 (BGBl I S. 1081)

fangsgericht von vornherein zuständig ist, im Gegensatz zu den Fällen der "Überweisung", in denen das an sich zuständige Gericht die Sache aus Zweckmässigkeitsgründen bei einem anderen Gericht ex nunc zuständig macht; so kann nach § 46 FGG die Vormundschaft, Pflegerschaft, usw. an ein anderes Gericht, das sich zur Übernahme bereit erklärt, "abgegeben" werden.

1. Es handelt sich um folgende, gesetzlich geregelte Abgabefälle:

a) Nach dem (inzwischen durch § 60 Abs. 2 Ziff. 4 LVG aufgehobenen) § 3 Abs. 5 LVO ¹⁾ war für das Verfahren in Landwirtschaftssachen noch § 276 ZPO für entsprechend anwendbar erklärt. ²⁾ Die Auffassung, dass § 3 Abs. 5 LVO auch in dem Verhältnis zwischen Landwirtschafts- und Prozessgericht gelte, hatte sich allgemein durchgesetzt. ³⁾

In dem neuen LwVG vom 21.7.53 stimmt die Abgabe vom Landwirtschaftsgericht an das Prozessgericht und umgekehrt in der Wechselseitigkeit, Bindungswirkung, Wahrung der Rechtshängigkeit und der Fristen, kostenrechtlichen Verfahrenseinheit und der Unanfechtbarkeit (§ 22 Abs. 1 LVG) vollkommen mit der zivilprozessualen Verweisung überein (§ 12 Abs. 1 S. 4, Abs. 2 LwVG).

b) Die §§ 18, 23 der 6. DVOEheG (HausrVO) vom 21.10.44 lassen die einseitige Abgabe vom Prozessgericht an das FG-Gericht zu. Die Abgabe ist bindend, fristwährend und bewirkt kostenrechtlich die Einheitlichkeit der Verfahren. ⁴⁾

c) Nach §§ 46, 50 Wohnungseigentumsgesetz vom 15.3.51 ist die einseitige Abgabe vom Prozessgericht an das FG-Gericht zulässig mit Bindungswirkung und Kosteneinheitlichkeit.

1) vom 2.12.1947, VOBlBrZ S. 157

2) § 3 Abs. 5 LVO lautete: "Die Vorschriften der ZPO über die Bindung des Gerichts an eine Entscheidung über die Zuständigkeit (§ 11) und die Verweisung des Rechtsstreits (§ 276) und die Aussetzung des Verfahrens (§§ 148 - 155) finden entsprechende Anwendung."

3) vergl. ausführlich die Entwicklung der Streitfrage: BGH Urteil vom 15.5.53 (MDR 53, 544 ff.) siehe auch unten S. 61 Fussnote 1

4) Zur Abgabe nach § 18 HausrVO ausführlich Fachinger, MDR 49, 75 ff.

d) Der Bereich der Abgabe wird durch Analogie zu den bestehenden Vorschriften ständig erweitert. Wegweisend hierfür ist das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 8.7.53 ¹⁾, wonach der Prozessrichter auch an die Spruchstellen nach dem DMBiG ²⁾ abgeben kann. Man kann aus diesem Urteil den allgemeinen Rechtsgrundsatz entnehmen, dass auch in anderen Fällen, in denen keine ausdrückliche Regelung besteht, die Abgabe von Streitsachen zwischen Prozessgericht und FG-Gericht ausgesprochen werden kann. ³⁾

Es entspricht somit nach dem heutigen Umfang der Abgabemöglichkeiten nicht mehr dem gegenwärtigen Rechtszustand, wenn man immer noch als Merkmal der freiwilligen Gerichtsbarkeit herausstellt, dass Verweisung im Verhältnis zur streitigen Gerichtsbarkeit nicht erfolge. ⁴⁾

II. Das Bestehen der Abgabemöglichkeit bringt die herrschende Meinung, dass die freiwillige Gerichtsbarkeit unter dem Gesichtspunkt der Unzulässigkeit des Rechtswegs zu behandeln sei, dass aber bei Unzulässigkeit des Rechtswegs keine Verweisung möglich sei, in Schwierigkeiten.

a) In dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8.7.53 ⁵⁾, in dem er die Abgabe von Prozessgericht an die Spruchstelle des DMBiG zulässt, hält er gleichzeitig am Grundsatz der Unzulässigkeit des Rechtswegs fest. Er setzt sich jedoch darüber hinweg, mit der Begründung, dass es sich um einen "echten Parteienstreit" handle. ⁶⁾

1) JZ 53, 759 ff.

2) Ges. über die Eröffnungsbilanz in DM. und die Kapitalneufestsetzung vom 21.8.49, vergl. § 58

3) So Keidel in der Anm. zum Urteil des BGH JZ 53, 762; ähnliche Tendenz: Baur, Lb (§ 2 B IV 2 (S.35): "Vorsichtige Analogie"), Das OLG Hamm hält in dem Beschluss vom 28.7.54 (NJW 54, 1686 ff.) Verweisung vom Vertragshilfegericht an das Prozessgericht für zulässig.
Vgl. auch Müller, ZZP 54, 1 ff. (8)

4) Dies behaupten: Baur Lb. § 2 B IV 2 (S.35), Wieczorek § 276 ZPO Anm. A III b, StJSch Anm. II 1 zu § 276 ZPO

5) JZ 53, 759 ff.

6) Vielfach wird bei Bejahung der Verweisung (bzw. jetzt der "Abgabe") das Problem der "Zulässigkeit des Rechtswegs" gar nicht behandelt oder als unbeachtlich dahingestellt.

Unerwähnt in:

BGH Beschluss vom 29.1.52

(BGHZ 4, 351); OGHBZ Beschluss vom 22.12.49 (3, 108 ff (110)) und Beschluß

b) Demgegenüber ist die Frage des Verhältnisses zwischen Landwirtschaftsgerichten und Prozessgerichten endgültig im Sinne der sachlichen Zuständigkeit entschieden. ¹⁾

Obwohl die Landwirtschaftsgerichte verfahrensmässig in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören, wird die Annahme der sachlichen Zuständigkeit schon meistens daraus gewonnen, dass die Landwirtschaftsgerichte nicht Sondergerichte, sondern Abteilungen der ordentlichen Gerichte mit einer besonderen ausschliesslichen Zuständigkeit seien. ²⁾

Soweit überhaupt ein Einwand in der FG-Zugehörigkeit gesehen wird, wird er damit ausgeräumt, dass das landwirtschaftsgerichtliche Verfahren **streitähnlich ausgestaltet sei** ³⁾.

c) Die Gerichte für Hausratsachen, an welche nach § 18 der 6. DVOeHeG ebenfalls abgegeben werden kann, werden ohne dass sich bisher eine Meinung durchgesetzt hat, teils unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Unzuständigkeit ⁴⁾, teils unter dem der Zulässigkeit des Rechtswegs betrachtet. ⁵⁾ Durch diese widersprüchlichen Versuche, dem durch die Verweisungsmöglichkeiten zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit entstandenen Dilemma zu entgehen, ist das Verhältnis beider Zweige der Gerichtsbarkeit noch verworrener geworden.

Fortsetzung Fussnote 6, Seite 60
vom 1.3.50 (3, 272) f (274).

dahingestellt; in dem ausführlich begründeten Beschluss des OLG Celle vom 27.1.50 MDR 50, 49 ff im Anschluss an Pritsch, MDR 50, 2 ff.

1) insbesondere Pritsch, MDR 50, 2 ff.

Keidel, JZ 53, 761

BGH Beschluss vom 29.1.1952 (BGHZ 4, 352 ff.)

OGHBZ 22.12.1949 (3, 108 ff) und Beschluss vom 1.3.50 (3, 172 ff)

Friese, JZ 53, 537 ff

Riedel, JZ 57, 501 ff (503)

2) vgl. die Hinweise in Anm. 1

3) OLG Celle Urteil vom 8.1.52, MDR 52, 369 ff.

4) So Hoffmann-Stephan Anm. 1 zu § 11 HausVO; Fachinger MDR 1949, 75 (aber beide nehmen nicht ausdrücklich zur Rechtswegfrage Stellung); OLG Hamm, JMBINRW 1951, 139

5) So OLG Celle NJW 47/48, 591; Keidel JZ 53, 761

III. Es liegt nahe, in den Fällen, in denen Abgabe zugelassen ist, ein Verhältnis der sachlichen Zuständigkeit zugrunde zu legen, in den übrigen aber Unzulässigkeit des Rechtswegs anzunehmen; dies tut Wieczorek ¹⁾. Zu Unrecht trennt jedoch Wieczorek innerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach der Möglichkeit der Abgabe einen Bereich der Zulässigkeit des Rechtswegs und einen Bereich der sachlichen Zuständigkeit voneinander. Die Abgabemöglichkeit ist nicht geeignet, einen Trennungsstrich in dieser Weise zu bilden. Sie vermag nicht einen Rechtsweg deutlich abzugrenzen, der die streitige Zivilgerichtsbarkeit einschliesslich der in Abgabeverhältnissen stehenden Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit umfasst und die übrigen Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausserhalb des Rechtswegs belässt. Gesetzliche Abgabevorschriften sind in den einzelnen FG-Verfahren oft zufällig vorhanden oder nicht vorhanden, ohne dass ein Grund für die Verschiedenheit ersichtlich wäre. Vor allem in Verfahrensarten der freiwilligen Gerichtsbarkeit von einem gewissen Umfange, die in eigenen Verfahrensordnungen geregelt sind, sind gesetzliche Bestimmungen aufgenommen, während für Einzelfälle, in denen ebensosehr eine begründete Ressortverwechslungsgefahr besteht, keine gesetzlichen Regelungen getroffen sind. So kann für die Stundung der Ausgleichsforderung eines Ehegatten gegen den anderen bei Beendigung der Ehe gemäss § 1382 BGB, § 53 a FGG (in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. 6. 57) unter bestimmten Voraussetzungen das Prozessgericht oder das Vormundschaftsgericht zuständig sein; die Übertragung von Gegenständen unter Anrechnung auf die Ausgleichsforderung ist gemäss § 1383 BGB, § 53 a FGG vom Vormundschaftsgericht vorzunehmen, während die Feststellung der Ausgleichsforderung im Klageweg zu erfolgen hat. Trotz der nahen Berührung der Zuständigkeiten ist aber keine Abgabe vorgesehen.

Die Verbindung von Abgabemöglichkeit mit sachlicher Zuständigkeit einerseits und Fehlen der Abgabemöglichkeit mit Unzulässigkeit des Rechtswegs andererseits zeigt deutlich, dass WIECZOREK die Grenze innerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit eigentlich nach den "echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit" ziehen will; denn er erachtet die Abgabe nicht allein in den gesetzlich bestimmten Fällen für möglich, sondern analog in anderen Fällen echter Partei-streitigkeiten. ²⁾ Diese erhalten damit eine neue Bedeutung und Tragweite, in-
1) siehe oben: 1. Kapitel, Abschnitt III

- 2) Wieczorek; § 13 GVGAnm. C Ia: "Dabei sind von vornherein die streitigen Verfahren der FG zu trennen, weil sie nämlich in einem Verweisungsverhältnis zu der streitigen Gerichtsbarkeit stehen". Zu der analogen Ausdehnung der Abgabe auf echte Streitverfahren vergl. auch Wieczorek, Anm. C Ia zu § 13 GVG, C 1b zu § 13 GVG, BGH Urteil vom 8. 7. 53, JZ 53 759 ff, BGH Urteil vom 15. 5. 53, MDR 53, 544 ff, OLG Celle, Urteil vom 8. 1. 52 MDR 52, 369 ff

dem sie die Zulässigkeit des Rechtswegs begründen im Gegensatz zu den klassischen FG-Verfahren. - Es ist nicht so, dass mit den "echten Streitverfahren" der Bereich echter streitiger Gerichtsbarkeit endet und ein scharf getrennter Bereich der echten freiwilligen Gerichtsbarkeit beginnt, sondern sie sind ein verbindendes Glied zwischen echter streitiger Gerichtsbarkeit und echter freiwilliger Gerichtsbarkeit. Je dichter dieser Übergangsbereich mit "echten Streitverfahren" besetzt ist, je unauffälliger die Übergänge ineinanderfließen, desto besser begründet erscheint die Zusammenfassung von den echten Prozesssachen über die Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit bis zu den echten FG-Sachen in einem einzigen Rechtsweg und desto grundloser erscheint es, in diesem fortlaufenden Zusammenhang die Spaltung einer Rechtsweggrenze zu suchen.

Es lässt sich nicht eindeutig abgrenzen, was "echte Streitverfahren" sind und was keine echten Streitverfahren mehr sind und es liesse sich auch nicht sicher bestimmen, was der Inhalt und der Umfang des (streitigen) Zivil-Rechtswegs sein würde. Gewöhnlich werden die besonderen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die in eigenen Verfahrensgesetzen enthalten sind, als echte Streitverfahren angesehen: die Verfahren in Wohnungseigentums-, Umstellungs-, Restitutions-, Hausrats-, Vertragshilfe-, Landwirtschaftssachen. ¹⁾ Jedes dieser einzelnen Verfahren weist eine Eigenart auf, die auch bei der analogen Anwendung von Verfahrensrecht aus der ZPO berücksichtigt werden muss. ²⁾ Die Ähnlichkeit mit einem Rechtsstreit besteht für die einzelnen Verfahren nur in groben Zügen. Innerhalb der einzelnen FG-Verfahren sind keineswegs nur echte Streitsachen gegeben. Die Landwirtschaftsgerichte etwa übernahmen nach der LVO vom 2.12.47 Zuständigkeiten, die früher von Verwaltungsbehörden (Grundstücksverkehrssachen nach der Bekanntmachung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken vom 15.3.18, Änderungsgesetz vom 26.1.37 u.a., Zuständigkeiten des Reichsministeriums für Ernährung und Landwirtschaft nach den §§ 5, 25 Abs. 5 des Reichserbhofgesetzes vom 29.9.33 und § 5 Erbhofrechtsverordnung vom 21.12.36, des Reichsministeriums der Justiz nach den §§ 54, 54 a EHRV), von den Anerbengerichten (Erbhofsachen, jetzt Höfesachen, einschliesslich der Versorgungsstreitigkeiten), von den Pachtämtern (Pachtschutzsachen nach der Reichspachtschutzordnung vom 30.7.40), von den Amtsgerichten in Angelegenheiten zur Sicherung der Landbewirtschaftung, von den Nachlassgerichten (Auseinandersetzungssachen nach § 1 b LVO, Erbscheinssachen) von den Vollstreckungsgerichten (Zwangsvollstreckung in land- und forstwirtschaftliche Grundstücke nach § 3 Abs.1 Satz 2 LVO) und den Prozessgerichten (Streitigkeiten, die sich bei Anwendung der Höfeordnung ergeben, und Entscheidungen über die Erbfolge nach § 1 c LVO, nach § 18 HöfeO, Pachtrechtsstreitigkeiten nach § 1 f LVO) wahrgenommen wurden. Sie vereinigen also in sich frühere

1) so ausdrücklich BGH Urteil vom 15.5.53 MDR 53, 744

2) vgl. Bärmann, AcP 154, 373 ff (377)

Zuständigkeiten von Verwaltungsbehörden, Sondergerichten und ordentlichen Gerichten der streitigen wie der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Soweit innerhalb der prozessähnlichen FG-Verfahren ausserstreitige Angelegenheiten vorkommen, wäre nach der von WIECZOREK vertretenen Auffassung nochmals eine Teilung zwischen Zulässigkeit des Rechtswegs und sachlicher Zuständigkeit vorzunehmen. Für eine solche Grenze mitten durch einen Bereich zusammengehöriger Angelegenheiten besteht keine gesetzliche und keine innere Rechtfertigung. Die in jüngerer Zeit sich immer mehr verstärkende Annäherung von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit aneinander vollzieht sich nicht allein nach der einen Richtung der Angleichung des FG-Verfahrens an Grundsätze der streitigen Gerichtsbarkeit, sondern ebenso auch nach der entgegengesetzten Richtung, so dass das Prozessverfahren über die "echten Streitverfahren" bis zum echten FG-Verfahren ineinander übergehen.

Der Begriff der echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist auch gar nicht dazu bestimmt, Gerichte zu klassifizieren und sogar in Rechtswege zu scheiden. Die Charakterisierung als echtes Streitverfahren besagt nur, dass das Verfahren gewisse Elemente des Zivilprozesses enthält, beschreibt also lediglich ein Verfahren. Welcher Art von Gerichtsbarkeit jedoch das Gericht angehören soll, ergibt die Kennzeichnung seines Verfahrens als eines mehr oder minder streitähnlichen allein nicht. Bei den "echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit" liegt insoweit die Betonung darauf, dass sie eben der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehören, so dass man also aus der Charakterisierung als echte Streitverfahren nichts gewinnt, sondern wieder vor der eigentlichen Frage steht, ob die freiwillige Gerichtsbarkeit insgesamt einem besonderen Rechtsweg oder einem einheitlichen (Zivil-) Rechtsweg angehört.

Würde irgend ein anderes Verfahren, das keinem Rechtsweg angehört oder das einem eigenen Rechtsweg angehört, in Grenzbereichen schon dadurch zum Zivilrechtsweg, dass es ZPO-ähnlich ausgestaltet ist, etwa das Parteistreitverfahren vor dem Verwaltungsgericht? Das widerspricht der Regel, dass sich Rechtswege allein durch Verfahrensparallelitäten nicht festlegen lassen.

Durch die Möglichkeit der Abgabe sind zwar das Prozessverfahren und die "echten Streitverfahren" der freiwilligen Gerichtsbarkeit besonders eng aneinander gerückt; in demselben Masse, wie die Ressortverwechslungsgefahr gestiegen ist, muss die Überleitung von einem Verfahren in das andere erleichtert sein. In der Abgabe zeigt sich deutlich, wie sehr sich die Grenzen zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit verwischen. Die Frage der Abgabemöglichkeit taucht nur deshalb allein in streitigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf, weil irgendwelche Kompetenz-Konkurrenzen zwischen Prozessgericht und FG-Gericht praktisch nur bei Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit auftreten können. Das Vorhandensein einer Verweisungsmöglichkeit gibt nur den ganz generellen

Aufschluss, dass der Gesetzgeber Konkurrenzen von Gerichten wegen Berührung der Zuständigkeiten als naheliegend angesehen hat, wie das Fehlen einer Verweismöglichkeit besagt, dass mit einer Konkurrenz regelmässig nicht zu rechnen ist. In welcher Ebene sich die Zuständigkeiten berühren und welches Verhältnis den Gerichten deshalb zugrunde liegt, geht aus einer Verweismöglichkeit nicht hervor. Seitdem die Prozessgerichte immer mehr ermächtigt werden, entweder ausschliesslich oder anstelle des FG-Gerichts Geschäfte nicht streitiger Gerichtsbarkeit zu erledigen ¹⁾, kann die Zuständigkeitskonkurrenz auch in diesem Bereich auftreten.

Da das in echtem Streitverfahren tätig werdende FG-Gericht nicht nur zum Prozessgericht in engem Kompetenzzusammenhang steht, sondern auch zum gewöhnlichen FG-Gericht, verweist das Gericht für echte Streitverfahren demgemäss auch nicht nur an das Prozessgericht, sondern auch an das gewöhnliche FG-Gericht; z.B. gibt nach § 12 Abs. 1 Satz 1 LwVG das Landwirtschaftsgericht an jedes zuständige Gericht ab, also auch an ein Gericht für echte (nichtstreitige) FG-Sachen, etwa das Nachlassgericht, Vormundschaftsgericht. Hier können keine Bedenken gegen die Annahme bestehen, dass zwischen Landwirtschaftsgericht und Vormundschafts-, Nachlassgericht ein Verhältnis verschiedener sachlicher Zuständigkeiten zugrunde liegt. Trotzdem würden nach Wieczoreks Ansicht die Landwirtschaftsgerichte nur mit den Prozessgerichten einen Rechtsweg bilden.

So ergeben sich anhand des Abgaberechts stark ineinander verflochtene Beziehungen aller Gerichte der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit untereinander. Zwar wurde die Abgabe als Form der Verweisung grundsätzlich für die Frage: Rechtsweg oder sachliche Zuständigkeit? als neutral erkannt, d.h. sie zwingt unmittelbar weder zur Annahme des einen noch des anderen Verhältnisses. Nach ihrem Zweck nimmt sie allgemein zum Ausgleich der Gefahr der gerichtlichen Ressortverwechslung die Last der Wahl des richtigen Gerichts ab und wirkt auf diese Weise Zersplitterungstendenzen in der Rechtspflege entgegen. Durch die Verbreitung der Abgabemöglichkeit wurde jedoch besonders deutlich, dass in dem Gesamtbereich von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit keine Rechtswegschränke sinnvoll gezogen werden kann. Durch die von WIECZOREK vertretene Auffassung wird die herrschende Meinung, die die freiwillige Gerichtsbarkeit allgemein als gleichbedeutend mit Unzulässigkeit des Rechtswegs betrachtet, nicht nur in Bezug auf die "echten Streitverfahren" sondern insgesamt entkräftet.

1) dazu vgl. unten S. 90 ff.: Fälle "gemeinsamer" Zuständigkeit.

6. Kapitel:

DIE WIRKSAMKEIT VON RESSORT ÜBERGRIFFEN.

I. DIE WIRKSAMKEIT VON RESSORT ÜBERGRIFFEN IM ZUSAMMENHANG MIT DEM KONKURRENZVERHÄLTNIS.

HELLWIG ¹⁾ unterscheidet die zwei Verteilungsordnungen der Zuständigkeiten wie folgt:

1. nach der Art der Behörden, vor die eine Rechtsangelegenheit gehört; sie berührt die Frage der Zulässigkeit des (ordentlichen oder besonderen) "Rechtswegs", gleich Zuständigkeit der Gerichte, gleich Vorhandensein der Zivilgerichtsbarkeit;
2. darnach, welche Behörde innerhalb der berufenen Behördenart die Rechtspflegeangelegenheit zu erledigen hat, gleich Zuständigkeit.

Als Prinzip stellt er sodann fest, "dass die erstere Verteilungsordnung die Grenze für die Fähigkeit, in einer Sache rechtswirksam tätig zu werden, bestimmt". Verletzt eine Behörde diese Verteilungsordnung, so ist die Entscheidung prinzipiell unwirksam. Eine Ausnahme davon gilt nur insoweit, als die ordentlichen Gerichte die Kompetenz-Kompetenz schlechthin, auch gegenüber den besonderen Gerichten und den FG-Organen haben ²⁾, folglich allein ihre, unter Verletzung der Rechtsweggrenze ergehende Entscheidung nicht unwirksam ist.

Nach WIECZOREK wird durch den Begriff "Rechtsweg" die "Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach unten" abgegrenzt. ³⁾

Diese Auffassungen gehen von einer gewissen Stufenfolge in der Zuständigkeitsordnung aus: die als niederrangige angesehene Gruppe von Behörden kann nicht in den Bereich der höherrangigen Gruppe eingreifen, ihre Entscheidungen sind deshalb unwirksam. Mit der übergeordneten Stellung der höherrangigen Gruppe hingegen stimmt es überein, dass sie wirksam ihre Zuständigkeit gegenüber "unten" bestimmen kann. Wenn es sich bei der untergeordneten Gruppe ebenfalls um Gerichte handelt, so hat die höhergestellte Gruppe nach dieser Betrachtung die Summe der Gerichtsgewalt, während die "unteren" Gerichte nur einen abgeleiteten Teil, einen Ausschnitt der Gerichtsgewalt (eine sekundäre Gerichtsbarkeit) be-

1) Lb. I S. 87

2) a. a. O. S. 88

3) Komm. § 274 ZPO Anm. D II und vgl. die Bildung von Gruppen der staatlichen Gerichte vom Standpunkt der Zivilgerichtsbarkeit aus (§ 1 Bem. B II b):

sitzen, wie es etwa HELLWIG mit der Gleichstellung der Sondergerichte und der FG-Organe ausdrückt.

Nicht anders ist es zu verstehen, wenn LENT ¹⁾ die Nichtigkeit einer Handlung des FG-Gerichts in einer Angelegenheit der streitigen Gerichtsbarkeit daraus folgert, dass dem FG-Gericht insoweit die "Gerichtsgewalt überhaupt" fehle.

Auch HELLWIG und WIECZOREK behandeln die freiwillige Gerichtsbarkeit grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt der Unzulässigkeit des Rechtswegs. Sie folgen damit anscheinend der anhand der Unwirksamkeit der Entscheidungen gewonnenen Überlegung, dass die Unzulässigkeit des Rechtswegs "stärker ausgestaltet" ²⁾ sein muss als die Unzuständigkeit des Gerichts. Hiernach stellt man - wenn auch nicht immer ausdrücklich ausgesprochen als These auf, dass bei Unzulässigkeit des Rechtswegs ein Übergriff unwirksam, bei sachlicher Unzuständigkeit aber wirksam ist; indem man den Satz umkehrt, schliesst man von der Unwirksamkeit eines Übergriffs auf Unzulässigkeit des Rechtswegs, von der Wirksamkeit aber auf blosse Unzuständigkeit. ³⁾

Lässt sich nun aus der Unterscheidung, dass die Übergriffe der streitigen Gerichtsbarkeit in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit wirksam seien, aber die Übergriffe der freiwilligen Gerichtsbarkeit in das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit unwirksam seien, etwas für das Verhältnis von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit entnehmen?

Fortsetzung Fussnote 3, Seite 66:

1. Die Gerichte, welche den ordentlichen Gerichten übergeordnet sind, z.B. Besatzungsgerichte
 2. Bundesverfassungsgericht, Oberstes Bundesgericht, ordentliche Gerichte und die Sondergerichte der Arbeits- und Rheinschiffahrtsgerichtsbarkeit (§ 14 GVG)
 3. sonstige Sondergerichte
 4. Verwaltungsgerichte
 5. Verwaltungs-sondergerichte
- 1) Kurzlb. der FG S. 18
 - 2) vgl. Wieczorek Komm. § 275 ZPO C III b 1
 - 3) vgl. auch Schönke-Schröder-Niese Lb. des ZivProzR. § 12 S. 78 und Lent Kurzlb. des ZivProz. S. 12, welche ebenfalls die Nichtigkeit der Entscheidungen der FG mit der Unzulässigkeit des Rechtswegs in Zusammenhang bringen.

1.) Im allgemeinen wird angenommen, dass ein Übergriff eines Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit in den Bereich der streitigen Gerichtsbarkeit unwirksam ist. 1) Soweit die Ansicht begründet wird, geschieht es meistens unter Hinweis auf §§ 7, 32 FGG 2), ausserdem auf §§ 200 Abs. 2 FGG, 151 Satz 2 EGBGB 3). § 7 FGG erkläre nämlich nur die Verletzung der örtlichen Zuständigkeit für unschädlich, so dass man bei der Verletzung der sachlichen Zuständigkeit den Gegenschluss ziehen könne, dass diese zur Nichtigkeit führe. Desgleichen seien nach § 32 FGG die Rechtsgeschäfte, die auf Grund einer ungerechtfertigten und deshalb aufgehobenen Verleihung einer Fähigkeit oder Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes (z.B. Vormund, Pfleger) vorgenommen worden sind, nur wirksam unter dem Vorbehalt, dass "nicht die Verfügung wegen Mangels der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts unwirksam ist." Ähnlich sei auch nach § 200 Abs. 2 FGG der Verstoß gegen eine landesgesetzliche Vorschrift über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden ohne Einfluss auf die Gültigkeit der Beurkundung und nach § 151 Satz 2 EGBGB der Verstoß gegen Vorschriften von Landesgesetzen über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden ohne Einfluss auf die Gültigkeit der Verfügung von Todes wegen, "unbeschadet der Vorschriften über die Folgen des Mangels der sachlichen Zuständigkeit."

Es ist zwar zweifelhaft, was unter der "sachlichen Zuständigkeit" nach § 32 FGG (wie den anderen angeführten Bestimmungen) zu verstehen ist: das Verhältnis zwischen Amtsgericht und Landgericht oder die Aufgabenverteilung unter verschiedene Gerichte innerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit etwa zwischen Vormundschafts- und Nachlassgericht 4) oder das Verhältnis von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit zueinander, oder ob unter die "sachliche Zuständigkeit" alle diese Verhältnisse verschiedener Gerichte zueinander fallen. 5)

Auch wer aber § 32 FGG auf das Verhältnis von freiwilliger Gerichtsbarkeit zu streitiger Gerichtsbarkeit nicht für unmittelbar zutreffend hält, folgert aus § 32

1) vgl. Baur Lb. § 2 B V 1 (S. 36) mit Hinweisen, ausserdem ausführlich Hellwig, System § 23 (S. 61); Josef, Lb. der FG S. 35; Nikisch Lb. des ZivProz. S. 50; Schöнке-Schröder-Niese, Lb. des ZivProz. S. 79 (der besonders deutlich "Wirksamkeit" und "Bindung" trennt); Schlegelberger, Komm. § 7 Rn. 12 unter **β**; Keidel Komm. § 7 Anm. 3; ausführlich auch KG Beschluss vom 8.2.04 (KGJ 27 A 222)

2) So Nikisch a.a.O., Hellwig a.a.O. ähnlich auch Baur a.a.O.

3) KG a.a.O.

4) Nikisch a.a.O. S. 50; Hellwig a.a.O. S. 61

5) So im Ergebnis Schlegelberger, a.a.O.

FGG, dass eine Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit "umso mehr" nichtig sein müsse, da § 32 FGG schon bei Verletzung der "sachlichen Zuständigkeit" von der Nichtigkeit ausgehe 1).

2.) Umgekehrt werden alle Übergriffe der streitigen Gerichtsbarkeit in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, hauptsächlich unter Berufung auf § 17 Abs. 1 GVG für wirksam erachtet (vgl. dazu oben S. 47). Rosenberg ²⁾ spricht allerdings dem über eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergangenen Urteil nur die Wirkungen des Zivilprozessrechts, nicht die weitergehenden der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu.

II. DIE ANWENDUNG DER LEHRE VOM FEHLERHAFTEN STAATSAKT.

Die Frage der Wirksamkeit von Übergriffen im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit ist nach den allgemeinen Grundsätzen der Lehre vom nichtigen Staatsakt zu beantworten. ³⁾ Diese hat über die wesentlichen Fehler-typen und ihre Rechtsfolge im allgemeinen eine weitgehende Übereinstimmung der Meinungen erreicht.

1.) Von den hiernach denkbaren Übergriffsfehlern: des Zuständigkeitsmangels oder des Verfahrensmangels oder des Inhaltsmangels rechtlicher Art, ist für Übergriffe zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit der Zuständigkeitsmangel typisch.

Wenn z.B. der FG-Richter für ein Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit das Armenrecht bewilligt und einen Armenanwalt bestellt, so stimmt wohl das vom FG-Richter anzuwendende Verfahren mit demjenigen, das vom Prozessgericht hätte angewandt werden müssen, überein (§ 14 FGG). Die Entscheidung ist aber trotzdem fehlerhaft, ⁵⁾ weil sie nicht vom zuständigen Gericht ausgegangen ist. Wären Streitgericht und FG-Gericht als dasselbe prozessuale Gericht anzusehen, das lediglich in verschiedenen Verfahren tätig wird (vergl. die Ansicht von KERN, oben S. 32 f) so könnte man in allen derartigen Fällen die Entscheidung nicht als fehlerhaft betrachten, denn es würde an einer Gesetzesverletzung überhaupt fehlen. Wenn trotz Anwendung gleichlautenden Verfahrensrechts der Rechtsschutz

1) vgl. insbesondere Hellwig, a.a.O., Nikisch a.a.O.

2) Lb. § 13 III 2 c  (S. 56)

3) So auch Baur Lb. § 2 D V 1 (S. 36)

4) vergl. zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, Forsthoff, Lb. des Verwaltungsrechts § 12 (S. 196 ff) mit umfangreichen Hinweisen; s. auch H. Wolff, Verw. R. § 51; OVG Münster DVerwBl. 57, 21 f

5) vgl. KG JW 1938, 2420 31; die Armenrechtsbewilligung ist unwirksam

nicht gleichartig ist, so ist die Unterschiedlichkeit des Rechtsschutzes durch die Zuständigkeitsverteilung begründet, denn mit der Zuständigkeitsverteilung erfolgt die Gewährung eines ersten Rechtsschutzes.

Regelmässig wird gerade die Unterscheidung zwischen einer Zuständigkeitsüberschreitung und einem sonstigen, vor allem inhaltlichen Fehler im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit besonders schwierig sein. Streitrichter und FG-Richter sind vielfach zu ähnlich wirkenden Entscheidungen zuständig, so dass sich oft schwer feststellen lässt, ob es sich im Falle der Fehlerhaftigkeit um eine verhüllte Entscheidung im fremden Ressort oder um eine inhaltlich entstellte Entscheidung im eigenen Ressort handelt. Regelmässig bleibt zwar auch ein inhaltlich fehlerhafter Staatsakt im sachlichen Zuständigkeitsbereich der Behörde, d.h. im Rahmen ihrer Sachkompetenz. Ein inhaltlicher Fehler kann jedoch die Qualität des Aktes im Ganzen verändern und ihn zu einem solchen machen, der nur von einer anderen Behörde erlassen werden kann. 1)

Trifft z.B. das Vormundschaftsgericht während der Dauer eines Ehescheidungsprozesses auf Grund irrtümlich angenommener Gefährdung des Kindeswohls (durch Missbrauch des elterlichen Sorgerechts) bezüglich des Sorgerechts eine Massregel nach § 1666 BGB, so liegt kein Zuständigkeitsmangel vor, selbst wenn eine einstweilige Anordnung gleichen Inhalts gemäss § 627 ZPO vom Prozessgericht hätte getroffen werden können und sollen. Hält sich das Vormundschaftsgericht jedoch für berechtigt, während der Dauer des Scheidungsprozesses in analoger Ausdehnung von §§ 627, 627 a ZPO Anordnungen über die Sorge für die Kinder zu treffen, so ist es dazu unzuständig. 2)

Im ersten Falle ist die Grenze der Zuständigkeiten nicht verletzt, denn es handelt sich nicht nur subjektiv nach der Auffassung des Richters, sondern auch objektiv der Sache nach um eine (zwar rechtlich fehlerhafte) Massnahme nach § 1666 BGB, die dem Vormundschaftsgericht obliegt. Die irrtümliche Annahme eines Missbrauchs des Personensorgerechts ändert nichts daran, dass das Vormundschaftsgericht die ihm nach § 1666 BGB gegebene Sachkompetenz in Anspruch genommen hat.

In dem anderen Falle, in dem das Vormundschaftsgericht annimmt, dass ihm neben dem Prozessgericht ebenfalls die Befugnis aus § 627 ZPO zustünde, wenn während eines Ehescheidungsstreites Anordnungen wegen der Personensorge erforderlich werden, handelt es sich dagegen um die Unzuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, denn das Vormundschaftsgericht irrt über seine Handlungsbefugnis nicht über sachliche Voraussetzungen seines Handelns.

1) vgl. Forsthoff, a.a.O. S. 205/6

2) vgl. Rosenberg, Lb. § 161 III 9 (S. 780) mit Hinweisen

2.) Ein Staatsakt ist wegen Machtüberschreitung der Behörde nichtig, wenn die Kompetenzabweichung eine schwere und offensichtliche ist. Massgeblich hierfür ist der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes. Nichtig ist die Entscheidung, wenn die Zuständigkeitsverfehlung so offensichtlich ist, dass es berechtigt erscheint, den Vertrauensschutz zu versagen. ¹⁾

Bei der Abgrenzung des nichtigen Staatsaktes vom wirksamen, aber aufhebbaren Staatsakt muss eine differenzierte Betrachtungsweise Platz greifen; es besteht keine begriffliche Grenze in dem Sinne, dass sich theoretisch und allgemein ausmachen liesse, welche Fehlerarten notwendig Nichtigkeit und welche Aufhebbarkeit nach sich ziehen, sondern der Unterschied ist ein gradueller und beruht auf Gesichtspunkten der Zweckmässigkeit. ²⁾

Gerade in zweifelhaften Fällen, wenn wirklich die Obliegenheiten von Gerichten und Verwaltungsbehörden oder die mehrerer Gerichte in enger räumlicher und sachlicher Beziehung zueinander stehen, reicht die abstrakte und summarische Klassifizierung unter die "Unzulässigkeit des Rechtswegs" oder die "sachliche Unzuständigkeit" für die Lösung der Wirksamkeitsfrage nicht aus.

a) Der Satz, dass bei Verletzung der Grenze der Zulässigkeit des Rechtswegs Nichtigkeit eintrete, mag zwar als Regel für den Fall gelten, wenn eine Verwaltungsbehörde eine dem ordentlichen Gericht vorbehaltene Zuständigkeit wahrnimmt, wie umgekehrt die Entscheidung des ordentlichen Gerichts, das die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde verletzt, wirksam sein mag. Das folgt jedoch nicht schon aus der Kompetenz-Kompetenz der Gerichte nach § 17 GVG.

§ 17 GVG setzt eine wirksame Entscheidung des Gerichts voraus; nur eine solche kann die Verwaltungsbehörde binden. Ist die Zuständigkeitsverfehlung des Gerichts so offensichtlich, dass die Entscheidung des Gerichts aus den allgemeinen Gründen nichtig ist, so tritt auch keine Bindung der Verwaltungsbehörde gem. § 17 GVG ein. § 17 GVG will nur den (positiven oder negativen) Kompetenzkonflikt ausschalten, der nur infolge zweier wirksamer Zuständigkeitsentscheidungen entstehen kann. Zu diesem Zwecke erklärt § 17 GVG auch eine zwar fehlerhafte - aber wirksame - Zuständigerklärung des Gerichts für die Verwaltungsbehörde für bindend.

b) Obwohl zwischen Amtsgericht und Landgericht Zuständigkeitsverhältnis besteht, wird man starke Bedenken haben, etwa ein Ehescheidungsurteil eines Amtsgerichts für wirksam anzusehen. ³⁾ Wenn ein im Instanzenzug untergeord-

1) Vgl. Forsthoff, a.a.O. S. 207

2) vgl. Forsthoff a.a.O. S. 198, 201

3) Das tut Rosenberg, Lb. § 73 IV 2a (S. 327)

netes Gericht eine zweifelsfrei ausschliesslich einem übergeordneten Gericht vorbehaltene Angelegenheit wahrnimmt, wird man auch sonst zu Fällen der Nichtigkeit kommen.

Die Sondergerichte haben eine auf die ihnen zugewiesenen Sachen beschränkte Gerichtsgewalt, so dass ihre Entscheidung wirkungslos ist, wenn sie über einen Rechtsstreit entscheiden, der vor die ordentlichen Gerichte gehört. Die entsprechenden Zuständigkeitsverletzungen der Arbeitsgerichte dagegen sind wirksam, "sofern es sich um Fälle handelt, in denen die oft nicht einfach zu bestimmende Grenze der Zuständigkeit nicht eingehalten ist." ¹⁾ Ein Ehescheidungsurteil eines Arbeitsgerichts wiederum wäre aber wirkungslos. ²⁾

c) Die Wirksamkeitsfrage im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit kann man nicht dadurch lösen, dass man allgemein den Prozessgerichten die "Gerichtsbarkeit" auch in FG-Angelegenheiten zuspricht und umgekehrt für Handlungen der FG-Gerichte in Prozesssachen "Mangel der Gerichtsbarkeit" annimmt (vgl. oben S. 69).

Die "Gerichtsbarkeit", deren Mangel eine gerichtliche Entscheidung wirkungslos macht, erläutert Rosenberg ³⁾ in der Weise, dass jedes ordentliche Zivilgericht die volle Gerichtsbarkeit über bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Sinne des § 13 GVG und über die Zugehörigkeit der Streitsachen dazu habe. Daher entscheide das Gericht, dem die sachliche, örtliche oder funktionelle Zuständigkeit fehlt, wirksam, auch wenn ein anderes Gericht ausschliesslich zuständig ist oder der Rechtsweg nicht zulässig ist oder die Grenzen der deutschen Gerichtsbarkeit überschritten sind; dagegen fehle dem Zivilgericht die Gerichtsbarkeit in Strafsachen, so dass dagegen verstossende Entscheidungen nichtig seien, desgleichen die Entscheidungen der Sondergerichte, die unter Überschreitung ihrer Zuständigkeit ergangen sind.

Die Betrachtungsweise, dass das ordentliche Prozessgericht die volle Gerichtsbarkeit besitze, das FG-Gericht nur einen abgeleiteten Teil derselben, sieht das FG-Gericht wie ein Sondergericht im Verhältnis zu den ordentlichen Gerichten. Sie trifft daher nicht das Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit ihrem eigenständigen und ursprünglichen Wirkungskreis. Der Zuständigkeitskreis der FG-Gerichte ist nicht, wie bei den Sondergerichten, ein Ausschnitt einer umfassenden Gerichtsbarkeit der Zivilprozessgerichte; er ist vielmehr ein Teil der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit, die den ordentlichen Zivilgerichten, nämlich den FG-Gerichten wie den Prozessgerichten gleichermassen, zukommt. Beide Arten von Ge-

1) Rosenberg, Lb. § 14 V 1b (S. 65)

2) Vgl. Rosenberg a. a. O.

3) Lb. § 73 IV 2 a (S. 327)

richten unterscheiden sich nicht durch ihre "Gerichtsbarkeit", sondern durch ihre "Zuständigkeit". Kompetenzübergriffe sind Zuständigkeitsfehler.

Man wird im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit grundsätzlich von der Nichtigkeit von Übergriffen ausgehen müssen, weil die beiden Verfahrensarten im dem massgeblichen Prozessrechtprinzipien so stark verschieden sind, dass man von einer "Auswechselbarkeit" nicht ausgehen kann. 1) Nach dieser grundsätzlichen Betrachtung muss aber die besondere Gestaltung des einzelnen Konkurrenzfalles berücksichtigt werden. Wo den FG-Gerichten streitähnliche Angelegenheiten zugewiesen sind, und umgekehrt die Prozessgerichte mit FG-ähnlichen Massnahmen betraut sind, sind vielfach Fälle denkbar, in denen wegen Verwechselbarkeit der Befugnisse auch Übergriffe nicht wirkungslos sind, z.B. bei einer Konkurrenz zwischen einem Verfahren in "echten Streitsachen" und dem Prozessverfahren, oder insoweit der Prozessrichter wie der FG-Richter Vertragshilfe gewähren kann oder so nahe Zuständigkeitsberührungen vorliegen, wie sie das Gleichberechtigungsgesetz vom 18.6.57 zwischen Vormundschafts- und Prozessgericht herbeiführt. (vgl. §§ 1382, 1383 BGB, § 53 a FGG). In solchen Fällen ist die Zuständigkeitsüberschreitung nicht "offensichtlich".

Bei Anwendung der "Lehre vom fehlerhaften Staatsakt" ergibt sich also, dass die Frage der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit von Übergriffen zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit von dem Begriff des "Rechtswegs" gelöst werden kann.

7. Kapitel:

DAS SYSTEM DER HEUTIGEN RECHTSWEGE.

Bei den bisher untersuchten Einzelfragen hat sich nichts ergeben, was für den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Zulässigkeit des Rechtswegs im Sinne einer Zusammengehörigkeit mit der streitigen Zivilgerichtsbarkeit ausschliessen würde. Im weiteren soll gezeigt werden, dass sich auf Grund des bestehenden Systems der Rechtswege insgesamt und aus dem geltenden Rechtswegbegriff die Rechtswegseinheit von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit ergibt.

1) Baur Lb. § 2 B V 1 (S. 37)

I. DER NEUE RECHTSWEGBEGRIFF.

Die Frage, ob es sich im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit um Unzulässigkeit des Rechtswegs oder um sachliche Unzuständigkeit handelt, kann nicht bereits deshalb als gegenstandslos angesehen werden, weil die neuere Rechtsentwicklung den Unterschied zwischen "Rechtsweg" und "sachlicher Zuständigkeit" überhaupt beseitigt hätte, wie manche behaupten. Die gegenwärtige Rechtsordnung kennt noch entscheidende Unterschiede der Folgen der Unzulässigkeit des Rechtswegs und der Unzuständigkeit. Allerdings haben die bisherigen Untersuchungen ergeben, dass manche Fragen, die bisher mit Hilfe des Rechtswegbegriffes beantwortet worden sind, nicht damit zusammenhängen und auf andere Weise zu lösen sind. Es mögen auch diejenigen Recht haben, die meinen, dass das Rechtswegproblem gänzlich beseitigt sein werde, sobald an der bereits überholten Rechtswegordnung von GVG und ZPO die notwendigen gesetzgeberischen Korrekturen vorgenommen sein werden. 1)

Die gegenwärtige Arbeit zeigt, dass wenigstens im Verhältnis von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit das Rechtswegproblem überwunden ist.

1.) Es ist richtig, dass der Begriff "Rechtsweg" heute seine ursprüngliche Bedeutung aus dem Gegensatz zum Verwaltungsweg zunehmend verloren hat, indem ein umfassender Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte gewährt worden ist, insbesondere durch die Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklauseln und durch Artikel 19 Abs. 4 GG, wonach jeder rechtswidrige Eingriff der öffentlichen Gewalt in subjektive Rechte justiziabel ist. Die Alternative: entweder Zulassung oder Versagung des Weges zu dem einzigen "ordentlichen Gericht" kann somit heute regelmässig gar nicht mehr entstehen, vielmehr ist häufig nur noch die Frage, welcher Richter anzugehen ist, gestellt. Da jede Art von Gerichtsbarkeit, ausser der ordentlichen auch die allgemeine Verwaltungs-, Arbeits-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit (vergl. Art. 96 Abs. 1 GG), nach der Forderung der Verfassung von unabhängigen, organisatorisch und funktionell selbständigen Gerichten ausgeübt werden muss (vergl. Art. 92, Art. 97, Art. 98 GG) sind sie einander weitgehend gleichwertig und liegt die Verschiedenheit der Gerichte hauptsächlich noch in den sachlichen Merkmalen der ihnen übertragenen gerichtsbaren Angelegenheiten. Nach dem Sprachgebrauch des GG ist der "ordentliche Rechtsweg" (gebraucht in Art. 14 Abs. 3 Satz 4, Art. 19 Abs. 4 Satz 2, Art. 34 Satz 3 GG) nur ein Unterbegriff des "Rechtswegs" schlechthin (GG Art. 19 Abs. 4 Satz 1, Art. 93 Ziff. 4), das heisst des Verfahrens vor irgendwelchen Gerichten, welche

1) Vgl. dazu sehr ausführlich Schöнке-Schröder-Niese,

Zi.Proz.R. S. 66 ff und S. 84 ff;

Wieczorek, Komm. § 13 GVG Anm. B III c;

Bachof, ZZP 65, 1 ff (30/1)

die an die rechtsprechende Gewalt gestellten Anforderungen erfüllen.

Deshalb sind der bisher durch GVG und ZPO gewährte Vorrang und die Erhaltungsgarantie des ordentlichen Rechtswegs gegenüber den anderen Rechtswegen nicht mehr gerechtfertigt; sie haben ihren Sinn nur noch gegenüber dem "Nichtrechtsweg". Die gesetzgeberischen Folgerungen daraus sind die bereits weitgehend erfolgte Aushöhlung der einseitigen Kompetenz-Kompetenz der ordentlichen Gerichte nach § 17 Abs. 1 GVG durch die Einführung des Prioritätsgrundsatzes für die Entscheidung aller Gerichte über die Zulässigkeit ihres eigenen Rechtswegs (vergl. § 28 MilRegVO. Nr. 165, § 25 BVerwGG, § 52 SGG, § 48 a ArbGG, § 39 VGO Entw., § 38 FGO Entw.) und die allgemeine Verweisungsbefugnis unter den Gerichten aller Rechtswege, wodurch sich zweifellos die bisherige Unterscheidung zwischen Rechtsweg und sachlicher Zuständigkeit verwischt.

Gleichzeitig gewinnt der Rechtswegbegriff eine veränderte neue Bedeutung. Die neuen Rechtswege werden nunmehr zur Abgrenzung verschiedener Arten der Gerichtsbarkeit verwandt. Das Grundgesetz hat in Art. 96 Abs. 1 diese Entwicklung eingeleitet, indem es "für das Gebiet der ordentlichen, der Verwaltungs-, der Finanz-, der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit" die Errichtung oberer Bundesgerichte angeordnet hat. Mit dieser Regelung, so wird gesagt, habe das Grundgesetz den "Rechtswegestaat" geschaffen.¹⁾ Die Rechtswege nach dem Grundgesetz werden durch die verschiedenen Gerichtsorganisationen, welche für jede Gerichtsbarkeit selbständig errichtet sind und vielfach auch unter getrennten Ministerien ressortiert sind, gebildet.

Demgegenüber hat man nach den teils bereits geltenden, teils als Entwürfe vorliegenden neuen Verfahrensgesetzen (SGG, ArbeitsGG, VGO Entw., FGO Entw.) Gerichte der "Zivil-, Arbeits-, Straf-, allgemeinen Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit" zu unterscheiden; es handelt sich also um sechs, statt der in Artikel 96 Abs. 1 GG erwähnten 5 Rechtswege (ausser Verfassungs- und Disziplinargerichtsbarkeit). Dieser Rechtswegbegriff ist nicht allein nach den Gerichtsorganisationen ausgerichtet, sondern, da er die ordentliche Gerichtsbarkeit in Zivil- und Strafgerichtsbarkeit unterteilt, auch nach den sachlich-rechtlichen Eigenschaften des typischen Verfahrensgegenstandes und dem Gerichtsverfahrensrecht abgeleitet. Es erscheint demnach grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass Rechtswege auf Grund der besonderen materiellen Art der ausgeübten Gerichtsbarkeit bestimmt werden.

1) vgl. Meiss, Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 43;

Lerche, JZ 53, 112

Kniesch, NJW 54, 1137 ff;

Schultz, MDR 54, 531;

Arndt, DRiZ 50, 229

2.) Aber grundsätzlich ist ein gerichtlicher Spruchkörper nicht einem Rechtsweg zuzuordnen, zu dem er nach der materiellrechtlichen Art des Aufgabenbereichs hintendiert, sondern regelmässig richtet sich die Rechtswegzugehörigkeit ohne weiteres nach der Eingliederung in eine entsprechende Gerichtsorganisation.

a) Nur im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit kann deshalb die Rechtswegzugehörigkeit zu Zweifelsfragen führen.

Das Verfahren vor dem Senat für Kartellsachen bei OLG oder beim BGH (vergl. §§ 92 Satz 1, 95 Abs. 1 KartG) gehört nicht zum Verwaltungsrechtsweg, obwohl der Senat über die Beschwerde gegen Entscheidungen der Kartellbehörden in den "Verwaltungssachen" (§§ 51 ff KartG) zu entscheiden hat (§ 62 Abs. 4 KartG). Man wird den Kartellsenat auch in Verwaltungssachen zum Zivilrechtsweg im Sinne der neueren Verfahrensgesetze rechnen. Die Kartellsachen sind gerade in Hinblick auf die betroffenen Privatrechte einheitlich der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen worden. Im Zweifelsfalle sind die ordentlichen Gerichte, falls sie nicht Strafergerichtsbarkeit üben, stets als Zivilrechtsweg zu betrachten. Der "Zivilrechtsweg" steht zusammen mit dem "Strafrechtsweg" stellvertretend für die gesamte ordentliche Gerichtsbarkeit, so dass hier die Annahme eines "Verwaltungsrechtswegs" ausgeschlossen ist. Ferner erscheint hinsichtlich der Kartellsenate zweifelhaft, ob sie Gerichte der Zivil- oder der Strafergerichtsbarkeit sind, oder ob sie beides, je nach dem Einzelfalle sind. Der Kartellsenat des OLG ist nämlich - ausser der erwähnten Zuständigkeit in Verwaltungssachen - einerseits zur Festsetzung von Geldbussen (§§ 81 ff KartG) auf einen Antrag der Kartellbehörde hin, welcher einer Anklageschrift entsprechen muss (§ 81 Abs. 3 Satz 1 KartG), zuständig, wobei das gerichtliche Verfahren dem Strafverfahren ähnlich ist und subsidiär die Vorschriften der StPO gelten (§ 82 Abs. 1 Satz 2 KartG); andererseits entscheidet er auch über die Berufung gegen Endurteile in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (§§ 92, 87 KartG).

Ohne dass näher auf die Frage eingegangen werden kann, wird man annehmen müssen, dass der Kartellsenat hier je nach dem angewendeten Verfahren als Gericht der Zivil- oder der Strafergerichtsbarkeit im Sinne der neuen Verfahrensgesetze entscheidet. Ihn insoweit nur als Gericht der Zivilgerichtsbarkeit anzusehen, würde der Gewichtsverteilung in seinem Aufgabenbereich nicht entsprechen.

b) Da sich aus der neuen Rechtswegordnung ergibt, dass Zivil- und Strafergerichte nicht mehr wie nach § 17 Abs. 1 GVG demselben Rechtsweg angehören, sondern eigene Rechtswege bilden, kann, sobald § 39 VGO Entw. Gesetz wird, die eine Gerichtsbarkeit auch für die andere bindende Kompetenzentscheidungen treffen und bindende Verweisungen vornehmen. Die ZPO-Vorschriften über die Unzulässigkeit des Rechtswegs die bisher schon - aber zu Unrecht - angewandt wurden, gelten (so lange sie nicht der neuen Rechtswegordnung angepasst sind) infolge der Wandlung des Rechtswegbegriffes unmittelbar.

c) Die Arbeitsgerichte, die von der herrschenden Meinung seit der Geltung des ArbGG vom 29.12.26 als Sondergerichte mit besonderer sachlicher Zuständigkeit im Verhältnis zu den allgemeinen Zivilgerichten ¹⁾ angesehen worden sind, bilden nach dem Grundgesetz und den neuen Verfahrensgesetzen ebenso einen selbstständigen Zweig der Gerichtsbarkeit. Nach § 48 a ArbGG (eingefügt durch Gesetz vom 2.12.55) sind die Arbeitsgerichte im Verhältnis zu allen Rechtswegen ausser dem ordentlichen Zivilrechtsweg auch ausdrücklich als eigener, in der gesetzlichen Regelung mit den anderen Rechtswegen völlig gleichstehender Rechtsweg bezeichnet. Für das Verhältnis zwischen ordentlichen Zivilgerichten und Arbeitsgerichten bleibt jedoch nach § 48 a Abs. 4 ArbGG die Sonderregelung des § 48 Abs. 1 ArbGG vorbehalten. Es hat hiernach den Anschein, als träten Zivilgerichtsbarkeit und Arbeitsgerichtsbarkeit wohl im Verhältnis zu den übrigen Rechtswegen, also nach "ausen" als zwei getrennte Rechtswege auf, während sie untereinander, also im Innenverhältnis als einheitlicher Rechtsweg zu behandeln seien. Wenn dies auch denkbar wäre, entspricht es aber nicht den gesetzlichen Regelungen und widerspricht mehr noch den Ordnungsprinzipien der neuen Rechtswege; denn tatsächlich lässt sich der neue Rechtswegbegriff weniger anhand von spezifischen gesetzlichen Qualifikationen ableiten, sondern geht mehr auf eine unbegriffliche und rein praktische Ordnung und Aufgliederung des vielgestaltig gewordenen Gerichtswesens zurück.

Das Verhältnis der Arbeitsgerichte zu den Zivilgerichten ist im Ergebnis nahezu in derselben Weise geregelt, wie das zu den übrigen Rechtswegen. Die analoge Anwendbarkeit von § 276 ZPO (über § 48 Abs. 1 ArbGG) im Verhältnis zwischen ordentlichem und Arbeitsgericht entspricht völlig der Rechtswegverweisung nach § 48 a Abs. 3 ArbGG zwischen Arbeitsrechtsweg und den übrigen Rechtswegen. Allerdings besteht zwischen Zivil- und Arbeitsgerichten nicht die wechselseitige Kompetenz-Kompetenz wie sie gemäss § 48 a zwischen Arbeitsrechtsweg und den übrigen Rechtswegen besteht. Denn nach § 48 Abs. 1 ArbGG ist lediglich § 11 ZPO sinngemäss anwendbar, wonach das eine Gericht an die Entscheidung des anderen, dass es sich für unzuständig hält, gebunden ist, während für den positiven Zuständigkeitskonflikt - ohne ersichtlichen Grund - eine ausdrückliche Regelung fehlt. Ausserdem findet eine Sonderbehandlung des Verhältnisses zwischen Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit nur noch durch § 528 ZPO statt, indem die Rüge der Unzuständigkeit des Zivilgerichts bei Zuständigkeit eines Arbeitsgerichtes - ebenso wie bei Vorliegen sachlich ausschliesslicher Gerichtsstände - in der Berufungsinstanz nur noch erhoben werden kann, wenn sie ohne Verschulden nicht in der ersten Instanz vorgebracht werden konnte.

1) vergl. Rosenberg, Lb. § 14 V 2 (S. 65) u. § 14 III 1 (S. 58)

Kern, Ger. Verf. R. S. 88; vergl. auch oben S. 36 ff.

Diese geringfügigen gesetzlichen Besonderheiten dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Arbeitsgerichtsbarkeit von einer Sondergerichtsbarkeit der Zivilgerichtsbarkeit zu einer eigenständigen, einer "allgemeinen" Gerichtsbarkeit unter den anderen allgemeinen Gerichtsbarkeiten entwickelt hat. ¹⁾

Ein Wesensmerkmal eines Sondergerichts besteht darin, dass es aus einem allgemeinen Gericht hervorgegangen ist: der Gegenstand, auf den sich seine Kompetenz erstreckt, hat vor der Errichtung der Sondergerichtsbarkeit zu der Kompetenz eines allgemeinen Gerichts gehört. ²⁾ Ursprünglich umfasste die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte in der Hauptsache nur einen Sektor aus dem Zuständigkeitskreis der (entlassenden) Zivilgerichtsbarkeit und wegen dieser inneren Homogenität war das Verhältnis unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeitsverteilung zu sehen. Über diesen Zuständigkeitskreis ist die Arbeitsgerichtsbarkeit wesentlich hinausgewachsen und hat Elemente aufgenommen, die weder der Zivilgerichtsbarkeit noch einer anderen allgemeinen Gerichtsbarkeit angehören (vergl. insbesondere die Zuständigkeit in betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten, § 2 Abs. 1 Ziff. 4 Buchst. a - s, Ziff. 5, Abs. 2, Abs. 3 ArbG).

Die Arbeitsgerichte zeichnen sich aber nicht allein durch ihren, gegenüber der Stammgerichtsbarkeit weiter gesteckten Zuständigkeitsbereich als Rechtsweg der neuen Prägung aus, sondern auch dadurch, dass ihre Gerichtsbarkeit nach Bedeutung und Umfang, Selbständigkeit in Gerichtsverfassung und Verfahrensrecht und der ganzen Stellung im Gesamtsystem der Rechtswege, der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit verhältnismäßig geworden ist.

II. DIE ZUGEHÖRIGKEIT DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT ZUM "ZIVILRECHTSWEG".

Für die Stellung der freiwilligen Gerichtsbarkeit wären drei Möglichkeiten denkbar: entweder gehört die freiwillige Gerichtsbarkeit keinem Rechtsweg an, steht also den Verwaltungsbehörden gleich, oder sie bildet einen eigenen Rechtsweg oder aber sie gehört zusammen mit der streitigen Zivilgerichtsbarkeit zu einem einheitlichen Rechtsweg.

1) auch Kern, Ger. Verf. R. S. 87, 88 sagt deutlich, dass die Arbeitsgerichte seit dem ArbGG von 1946 und dem GG einen eigenen Zweig der Rechtsprechung und keine Sondergerichte für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten mehr bilden, so dass man z.B. hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs keine praktischen Folgerungen aus der Sondergerichtseigenschaft mehr ziehen kann.

2) Kuhfuss, Wesen, Begriff und Erscheinungsformen der Sondergerichtsbarkeit, Diss. S. 20

Mit der Einführung des "Zivilrechtswegs" hat der Gesetzgeber bestätigt, dass streitige und ausserstreitige Zivilgerichtsverfahren einen einheitlichen Rechtsweg bilden. Die freiwillige Gerichtsbarkeit ist schon immer als "Gerichtsbarkeit" und zwar als ein lediglich mit einem besonderen Verfahren ausgestatteter Zweig der Zivilgerichtsbarkeit angesehen worden ¹⁾, selbst von denen, die sie materiell als Verwaltung kennzeichnen wollen.

Es erscheint verwunderlich, dass diese Erkenntnis in der Rechtswegfrage nie stärker berücksichtigt worden ist; es hätte nichts näher gelegen, als ebenso wie von der gemeinsamen Zivilgerichtsbarkeit auch vom gemeinsamen Zivilrechtsweg zu reden, anstatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit Unzulässigkeit des Rechtswegs anzunehmen. Die Unterschiede im Verfahren haben die Gemeinsamkeit in der Art der Gerichtsbarkeit zu Unrecht, wie später noch dargelegt werden soll, überdeckt. Der neu anerkannte "Zivilrechtsweg" leitet sich aus dem sachlichrechtlichen Rechtsgebiet des allgemeinen Zivilrechts ab und ist aus dem gesamten Zuständigkeitsbereich der ordentlichen Gerichte auch allein danach abzugrenzen. Mit der neuen Bestimmung der Rechtswege nach dem sachlich-rechtlichen Rechtsgebiet entfällt die Bedeutung der Verfahrensunterschiede zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit in der Rechtsfrage: entscheidend ist, dass die freiwillige Gerichtsbarkeit "Gerichtsbarkeit" ist, und zwar auf demselben Rechtsgebiet wie die streitige Zivilgerichtsbarkeit. Die neuen Rechtswege sind so eingeteilt, dass in diesem Gefüge die Zusammengehörigkeit von streitiger und nicht streitiger Gerichtsbarkeit zu derselben Gerichtsbarkeit nicht stört, sondern sogar unmittelbar gefordert wird.

Dass die freiwillige Gerichtsbarkeit überhaupt ausserhalb des Systems der Rechtswege stehen soll, kann gerade infolge der neuen Auffassung von der Gleichwertigkeit aller Zweige richterlicher Gewalt nicht mehr angenommen werden. Nachdem sogar die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die bisher zum Verwaltungsweg gehörte, von welchem die freiwillige Gerichtsbarkeit nur in Analogie die Beurteilung als "Unzulässigkeit des Rechtswegs" erhalten ist, nun als gleichwertige Gerichtsbarkeit anerkannt ist, und in eine der sachlichen Zuständigkeit ähnliche Verbindung zur Zivilgerichtsbarkeit gerückt ist, besteht erst recht kein Grund mehr, die freiwillige Gerichtsbarkeit weiterhin nur wegen ihrer verfahrensrechtlichen Besonderheiten aus dem Kreis der Rechtswege auszuschliessen. Vielmehr nimmt auch die freiwillige Gerichtsbarkeit an der Entwicklung teil, welche die Grenzen innerhalb des gesamten Bereichs der Gerichtsbarkeit verwischt und eine allgemeine Zuständigkeitsordnung ausgestaltet. In der neuen Rechtswegordnung hat sonach die freiwillige Gerichtsbarkeit ihren Platz innerhalb des Zivilrechtswegs einzunehmen.

1) StJSch, Vorbem. II vor § 1 ZPO; Kern Ger. Verf.R., S. 12, Blomeyer, Festschrift für Hedemann, S. 193, 195; Bärmann, AcP 154, 375; Bosch AcP 149, 32 ff (41); Josef, Lb. der FG S. 3; Schlegelberger, Anm. 7 zu § 1 FGG

8. Kapitel:

DIE FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT UND DER BEGRIFF DER
"RECHTSPRECHUNG".

Die Bedeutung des Begriffs der "Gerichtsbarkeit", der mit dem Begriff des "Rechtswegs" eng zusammenhängt, ist in neuerer Zeit durch die Erörterung des Begriffs der "Rechtsprechung", die der Art. 92 GG hervorgerufen hat, abgeschwächt worden. Es ist nun zu prüfen, ob sich die Einbeziehung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in den Zivilrechtsweg auch mit dem Begriff der "Rechtsprechung" vereinbaren lässt.

1.) Der Begriff der "Rechtsprechung" ist erst durch das Grundgesetz in die positive Rechtsordnung eingeführt worden (vgl. die Überschrift über dem IX. Abschnitt) und hat einen materiellen Sinngehalt erhalten, über den die Auffassungen stark voneinander abweichen. Materieller Inhalt wird dem Begriff "Rechtsprechung" dann gegeben, wenn man dem Art. 92 GG entnimmt, dass den Gerichten die Zuständigkeit in allen, aber auch nur in Rechtsangelegenheiten von einer ganz bestimmten Art, eben den Rechtsprechungsangelegenheiten verfassungsmässig garantiert sei.¹⁾ Wenn man eine verfassungsrechtliche Bestandsgarantie für die richterlichen Kompetenzen annimmt, wird es notwendig, einen materiellen Rechtsprechungsbegriff aufzustellen, der nicht, wie der Gerichtsbarkeitsbegriff, vom "Richter" ausgeht. Es genügt nicht mehr zu definieren: "Rechtsprechung" ist das, was der Richter ausübt; denn die Frage geht gerade dahin, welcher Art diejenigen Angelegenheiten sind, die verfassungsrechtlich nur der Richter erledigen kann. Art. 92 GG sagt nur: "Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut." Die entsprechende Bestimmung der Bayerischen Verfassung in Art. 5 Abs. 3 lautet: "Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige Richter ausgeübt"; sie hat, obwohl sie dasselbe aussagt wie Art. 92 GG nicht zu einer ähnlichen Fragestellung geführt. In Art. 5 Bay. Verfassung kommt zum Ausdruck, dass es sich um die Deklamation des Prinzips der Gewaltenteilung als eines politischen und organisatorischen Prinzips des Staatsaufbaus handelt. Die entsprechende Gewaltenteilungsnorm des Grundgesetzes, Art. 20 Abs. 2 und Abs. 3 nennt die dritte Gewalt "Rechtsprechung", worunter hier ebenfalls die selbständige Staatsfunktion der rechtsprechenden Gewalt, nicht ein abgegrenzter Aufgabenbereich gemeint ist. Obwohl in Art. 92 GG sogar der Ausdruck "rechtsprechende Gewalt" gebraucht ist, glaubt eine weitverbreitete Meinung, hauptsächlich im Hinblick auf die Überschrift "Rechtsprechung", dass hierin die Garantie eines scharf abgegrenzten richterpflichtigen Aufgabenbereichs, nämlich der Rechtsprechung im materiellen Sin-

1) Zur Notwendigkeit eines materiellen Begriffs der Rechtsprechung im Allgemeinen vgl. Friesenhahn, Festschrift für Thoma, S. 21 ff.

ne, enthalten ist. Bevor hierauf eingegangen wird, ist zunächst zu bemerken, dass wirkliche Rechtsweggarantien in anderen Vorschriften der Verfassung, wie Art. 19 Abs. 4 GG (gegen jede Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt), Art. 13 Abs. 2 GG (Anordnung der Durchsuchung der Wohnung), Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG (Enteignungsentschädigung), Art. 34 Satz 3 GG (Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzungen, Rückgriff gegen den Beamten), Art. 104 Abs. 2 GG (Freiheitsentziehung) enthalten sind. Welchen Sinn könnte eine derart weitgefaßte und allgemeine d. h. keinen bestimmten Gerichtszweig benennende Rechtsweggarantie, wie die des Art. 19 Abs. 4 GG, aber auch die speziellen Garantien des ordentlichen Rechtswegs, wie in Art. 13 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 2 GG haben, wenn der Weg zum Gericht schon durch Art. 92 gesichert wäre?

Es bliebe nur die Erklärung, die Verfassung habe alle Rechtsverletzungen gegenüber Einzelnen durch die öffentliche Gewalt, die Anordnung der Wohnungsdurchsuchung und die Anordnung über die Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung nicht als Angelegenheit der Rechtsprechung allein aus ihrem Wesen heraus angesehen. Näher liegt die Annahme, die genannten Angelegenheiten seien gerade die eigentlichen Richteraufgaben und deshalb hat die Verfassung die sonst nicht allgemein gegebene Rechtswegsicherung durch eine ausdrückliche Anordnung für nötig gehalten.

2.) Vielfach glaubt man, den materiellen Sinngehalt der "Rechtsprechung" in der Streitentscheidung finden zu können; damit würde ein wesentlicher Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht an der Richtergarantie teilhaben.

a) Nach der schärfsten Ausprägung der Streitentscheidungstheorie durch FRISENHAHN und BÖTTICHER ¹⁾ setzt "Rechtsprechung" voraus, dass zwei Parteien vor dem Richter streiten; hiermit ergibt sich als materielles Kriterium der Rechtsprechung die Rechtsanwendung zur Entscheidung eines Rechtsstreits durch den unbeteiligten Staat. Bei dem Rechtsstreit handelt es sich um einen Streit um geltend gemachte und bestrittene Rechte; die Möglichkeit des Rechtsstreits setzt also voraus, dass das objektive Recht die rechtlichen Beziehungen subjektiviert und einem Rechtssubjekt die Befugnis gewährt, seinen Rechtsbereich gegenüber einem anderen Rechtssubjekt zu verteidigen.

1) Friesenhahn, in Festschrift für Thoma, insbesondere S. 37, 36;

vgl. die sehr umfassende Darstellung und Stellungnahme zur Streitentscheidungslehre bei Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes S. 22 ff. insbesondere S. 36 ff 40 ff. Unter besonderer Berücksichtigung der Ansichten von Thoma (die Funktionen der Staatsgewalt, Grundbegriffe und Grundsätze in HDSr II S. 127 ff.) von Friesenhahn (Justiz- und Verwaltungsrechtsschutz, S. 104 und Festschrift für Thoma, S. 21 ff) und Bötticher (ZZP 51, 201 ff)

Die Streitentscheidung ist aber lediglich eine Methode der Rechtsfindung, die je nach der Art der Sache mehr oder weniger gut zur Rechtsfindung geeignet erscheint und demgemäss durch gesetzliche Regelung eröffnet wird. "Es gibt gewisse Rechtslagen, in denen das Gesetz sich Rechtsstreitigkeiten, die im Prozess verfolgbare wären, entwickeln lassen könnte. Aber es tut es nicht, weil der Weg der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus besonderen Gründen als der allein richtige erscheint". ¹⁾ Solche Gründe sind etwa die schnellere, auf objektiver Prüfung beruhende Entscheidung und die Beteiligung eines grösseren Kreises von Interessenten. Vieles, was früher in einem formellen Streit ausgetragen worden ist, wird heute unstreitig erledigt. (Beispiele: s. unten Kap. 9 Abschn. I)

FRIESENHAHN geht selbst davon aus, dass die Möglichkeit der Streitentscheidung von dem Umfange und der Intensität der subjektiven Rechte abhängt, welche die Rechtsordnung den Rechtssubjektiven verleiht. Je nach den verschiedenen Ausgestaltungen der Rechtsverhältnisse durch das objektive Recht erfährt die Streitentscheidung demnach vielerlei Abwandlungen. Im anglo-amerikanischen Strafprozess ist das klassische Prozessduell noch echter erhalten als in unserem Strafprozess, der nicht recht in das Bild des Parteienstreits passt. In manchen gerichtlichen Verfahren gibt es Parteien nur in einem formellen Sinn (vor allem in verfassungsrechtlichen Streitigkeiten), wenn nämlich die Parteistellung kaum mehr ihrem Sinn entsprechend mit subjektiven Rechten ausgestattet ist. ²⁾ Der Verwaltungsweg etwa ist nur dann eröffnet, wenn dem Kläger ein subjektives Recht zusteht, dessen Verletzung er behauptet.

Wäre die Rechtsprechung als Streitentscheidung aufzufassen, so würde über die objektive Rechtsordnung weitgehend der Gesetzgeber darüber befinden, was Rechtsprechung sein und damit den Gerichten vorbehalten sein soll. Für die mit Art. 92 GG erstrebte Sicherung des Richterbereichs gegen Einschränkungen durch den Gesetzgeber wäre mit dem Begriff der Streitentscheidung eine sehr unsichere Grundlage gewonnen.

b) In der unmittelbar auf die Frage ausgerichteten Untersuchung, inwieweit die freiwillige Gerichtsbarkeit "Rechtsprechung" bzw. "Verwaltung" darstelle, schränkt BETTERMANN ³⁾ die Streitentscheidungstheorie wohl etwas ein, ohne aber ihre

1) vgl. Hellwig, System § 22 (S. 58/59)

vgl. auch Bärmann, AcP 154, 373 ff (378), der in fast allen FG-Angelegenheiten einen Übergang vom unstreitigen zum streitigen Verfahren für möglich hält.

2) vgl. Böttcher, ZZP 51, 208, der sich mit "echten" und "unechten" Parteien behilft.

3) Die FG im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in Festschrift für Lent, S. 17 ff.

rein am objektiven Recht ausgerichteten, deshalb "positivistischen" Grundsätze zu verlassen. BETTERMANN rechnet zur Rechtsprechung diejenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die durch Richterspruch (im materiellen Sinne), durch Urteil (im materiellen Sinne) erledigt werden, d.h. durch den selbstständigen und verbindlichen, also materieller Rechtskraft fähigen Ausspruch dessen, was in der Sache *Rechtens ist*; dagegen handle es sich um Verwaltung, wenn der Richter anordnet, was *Rechtens sein soll*. Daraus folge, dass der Bereich der Rechtsprechung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit dem der "echten Streitsachen" identisch sei. 1) Im Einzelnen fasst BETTERMANN etwa als Rechtsprechung auf: die Anordnung der Freiheitsentziehung nach Art. 104 GG, die Entscheidung über die Bereinigungsfähigkeit eines Wertpapiers, die Feststellung des Scheidungsrechts eines verstorbenen Ehegatten, aber auch die Vertragshilfe und "alle Fälle, in denen der Richter den Beteiligten hilft, ihre Rechtsverhältnisse neu zu gestalten, notfalls derart, dass der Spruch den nicht zustande gekommenen Vertrag ersetzt", etwa bei Verteilung der Ehwohnung und des Hausrats nach der 6. DVOEheG, ferner § 43 WEG, §§ 7, 8 LandpachtG, § 86 FGG, § 149 ff FGG, § 2 Abs. 3 RelKiErzG, § 1246 Abs. 2 BGB. Kein Richterspruch sei dagegen die vormundschaftsgerichtliche Regelung des elterlichen Sorgerechts nach Auflösung der Ehe gem. § 74 EheG (jetzt § 1671 BGB), die Anordnung von Massnahmen nach §§ 1666, 1667 BGB, ferner die Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts über Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern, zwischen Eltern und Pfleger (§ 1629 BGB) zwischen mehreren Vormündern (§§ 1798, 1797 BGB) Pflegern, Testamentsvollstreckern, ferner die Bestellung, Überwachung und Abberufung von Vertretern, Verwaltern, Beiständen, Liquidatoren, die Genehmigung von Rechtsgeschäften, ausser wenn es sich um die Ersetzung einer privatrechtlichen Genehmigung, die ein Dritter verweigert, handelt, ferner die Tätigkeit in Registersachen.

Die Unterscheidung BETTERMANNs danach, ob der Richter ausspricht, was "*Rechtens ist*" bzw. was "*Rechtens sein soll*", nimmt im wesentlichen die Rechtsgebundenheit des Richters als Kriterium der Rechtsprechung. Dass die Rechtsprechung gewöhnlich im besonderen Masse rechtsgebunden ist, trifft zwar zu, aber dass dieses Kriterium sich nicht ausschliesslich oder in erster Linie verwenden lässt, ist vielfältig anhand streng rechtsgebundener Verwaltung einerseits und durch die Befugnisse auch des Streitrichters zu Entscheidungen aufgrund von begrifflich nicht festgelegten Normen andererseits (z.B. §§ 242, 138,

1) a.a.O. S. 24

826 BGB u. a.) erwiesen. ¹⁾ Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die vollziehende Gewalt nicht anders als die Rechtsprechung "an Gesetz und Recht gebunden". Im modernen Sozialstaat regeln die Gesetze selbst immer mehr die Vollziehung in einem Umfange, dass für selbständige Entscheidungen kein nennenswerter Spielraum mehr verbleibt. ²⁾

c) Den Vorzug unter den verschiedenen Auffassungen über das Wesen der Rechtsprechung verdienen diejenigen, die die Streitentscheidung zwar als Kernstück der "Rechtsprechung", jedoch nicht als die einzige Form der Ausübung der richterlichen Gewalt ansehen. Diese weitere Auffassung der "Rechtsprechung" hat ihre hauptsächliche Bedeutung in den rechtspolitischen Auseinandersetzungen über die künftige organisatorische Stellung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich für die Frage, ob die Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Gerichten oder Verwaltungsbehörden wahrgenommen werden sollen, in welchem Umfang den Rechtspflegern die Angelegenheiten übertragen werden sollen und in welchem Verhältnis Richter und Rechtspfleger hierbei stehen sollen, ob eventuell sogar sogenannte Rechtspflegeämter errichtet werden sollen. ³⁾

Die Erkenntnis, dass die freiwillige Gerichtsbarkeit wie die streitige Zivilgerichtsbarkeit echte und gleichwertige Rechtsprechungsaufgaben erfüllt, ist aber auch eine wesentliche Voraussetzung dafür, beide Arten der Gerichtsbarkeit unter einem einheitlichen Rechtsweg zusammenzufassen. Insofern beseitigt insbesondere der von BAUR ⁴⁾ der Streitentscheidungstheorie entgegengestellte historische und teleologische Rechtsprechungsbegriff ungerechtfertigte Unterscheidungen zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit. Dieser Rechtsprechungsbegriff berücksichtigt die entscheidende Wandlung der sozialen Funktion der Rechtspflege im modernen Staat und zugleich die sich aus dem historisch gewordenen Aufgabenkreis der Gerichte ergebenden Anhaltspunkte. Für die "Richterpflichtigkeit" ist

1) vgl. dazu insbesondere Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch, in Gedächtnisschrift für W. Jellinek (1955) S. 361 ff. (366); Forsthoef, Lb. des Verw. R. S. 5; Bärmann, Echtes Streitverfahren in der FG ZZP 154, S. 383; Baur, Richterspruch und sozialer Ausgleich, JZ 57, 193; Bötticher, Regelungsstreitigkeiten in Festschrift für Lent, S. 89 ff.

2) Vgl. Forsthoef, Lb. des Verw. R. S. 57. Dieser bekämpft die Auffassung, dass das Recht für die Verwaltung nicht wie für die Justiz Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck, blosser Schranke des Handelns, nicht Inhalt des Handelns sei (a. a. O. S. 4, 5)

3) vgl. dazu Schiffer, JZ 53, 1 ff (3)

4) hauptsächlich in: Der Begriff der Rechtsprechung und die FG, DNotZ 55, 507 ff und: Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 57, 193

entscheidend, welche Materien nach ihrer geschichtlichen Entwicklung, nach der Bedeutung, für den Lebensbereich des Einzelnen, insbesondere nach der Schwere des staatlichen Eingriffs und der Art und Wichtigkeit der betroffenen Rechtsgüter oder aber wegen der Ähnlichkeit der Materien mit streitentscheidender richterlicher Tätigkeit eine Massnahme gerade des Richters verlangen.

Es zeigt sich, dass man die Aufgaben der Rechtsprechung nicht streng rechtsbegrifflich von denjenigen der Verwaltung abgrenzen kann, sondern nur unter der umfassenden Abwägung aller, für die Richterpflichtigkeit ausschlaggebender Umstände. Die Gegenüberstellung von streitentscheidender Tätigkeit und verwaltender Tätigkeit des Staates wird allein dem Artikel 92 GG nicht gerecht.

3.) Die Frage, ob die freiwillige Gerichtsbarkeit "Rechtsweg" ist und gegebenenfalls welchem Rechtsweg sie angehört, hängt nicht von der Frage ab, ob sie materiell "Rechtsprechung" im Sinne der zu Art. 92 GG vertretenen Auffassungen ist. Denn "Rechtsweg" ist ein Kompetenzbegriff, der inhaltlich verschiedenartige Zuständigkeiten eines Gerichts, auch solche, die man als materielle Verwaltung ansehen mag, umfassen kann; den "Rechtsweg" macht in jedem Falle die Zuständigkeit des Organs "Gericht" aus. Auch dann, wenn eine dem FG-Gericht zugewiesene Angelegenheit an der verfassungsrechtlichen Richtergarantie des Art. 92 GG nicht teilnehmen würde, bleibt sie, solange sie positivrechtlich zu den FG-Angelegenheiten gehört, Teil der Zivilgerichtsbarkeit und ist für sie der Zivilrechtsweg (im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit) eröffnet.

"Gerichtsbarkeit" ist die gesamte Tätigkeit des Organs "Gericht", seine von Weisungen freie, nur dem Gesetz unterworfenen Tätigkeit. Auf diesem Begriff, nicht auf dem materiellen Begriff der "Rechtsprechung" fusst die bestehende Gerichtsverfassung. Die richtige Alternative zu "Gerichtsbarkeit" ist nicht "materielle Verwaltung", sondern "formelle" Verwaltung, nämlich Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden.

9. Kapitel:

BESONDERE BERÜHRUNGSFLÄCHEN ZWISCHEN STREITIGER UND FREIWILLIGER GERICHTSBARKEIT.

Die Beziehungen der streitigen und freiwilligen Zivilgerichtsbarkeit sind derart, dass sie auf einen wesentlich intensiveren Zusammenhang schliessen lassen, als er zwischen verschiedenen Arten der streitigen Gerichtsbarkeit zueinander, etwa zwischen streitiger Zivilgerichtsbarkeit und Strafgerichtsbarkeit oder auch zwischen streitiger Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit besteht. Das Element der Streitentscheidung - das ohnehin nur in den sogenannten "echten Streitverfahren" weitgehend in der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorhanden ist - erweist sich in der

Rechtswirklichkeit nicht in dem Masse als Unterscheidungskriterium, wie von rein prozessualistischer Verfahrenstheoretik angenommen wird.

I. DIE ÜBERGÄNGE VON EHEMALS STREITIGER REGELUNG ZU NICHT STREITIGER REGELUNG IN BESTIMMTEN ANGELEGENHEITEN.

Bereits mit dem Erlass von BGB und FGG hat der Gesetzgeber eine Reihe von Rechtsangelegenheiten, die nach früherem Recht im Zivilprozess entschieden wurden, dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen. Dass es sich hierbei um einen Verlust des Rechtsweges gehandelt habe, erscheint schon deshalb als fernliegend, weil der Gesetzgeber von 1900 nicht weniger auf die Erhaltung und Sicherung des Rechtsweges bedacht war, als der von 1879. Die Regelung im FGG hatte im Gegenteil eine Festigung der "Herrschaft des Rechts" durch Erweiterung und Sicherung des Zuständigkeitsbereichs des unabhängigen Richters zum Ziele, denn die Angelegenheiten d. freiwilligen Gerichtsbarkeit waren damals erst in einigen Ländern des Deutschen Reiches in unterschiedlichem Ausmasse den ordentlichen Gerichten übertragen.

Die Überweisungen von der streitigen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit stellen sich nur als Verschiebungen innerhalb desselben Rechtswegs, des Zivilrechtswegs, dar. Der Grund für diese internen Verschiebungen innerhalb der Zivilgerichtsbarkeit liegt hauptsächlich in einem Inhaltswandel des materiellen Rechts, der durch die fortschreitende Verdrängung der subjektiven Rechte und die Aufweichung des strengen Rechts durch Billigkeitsrecht gekennzeichnet ist. So kann Bosch sagen ¹⁾, "Das Thema: Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit ist kein so speziell verfahrensrechtliches, betrifft nicht so ausschliesslich oder auch nur in erster Linie den Fachmann des Prozessrechts, wie es auf den ersten Blick erscheinen könnte. Die Fragestellung reicht in tiefere Zusammenhänge hinein."

Die Erkenntnis, dass der Wechsel von der streitigen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit von dem Wandel der materiellen Rechte ausgeht, führt zur Einsicht, dass solcher Wechsel nicht in erster Linie Veränderungen des Rechtswegs oder unter den Rechtswegen, sondern nur Veränderungen am Rechtsweg bewirkt, wobei das Gesamtgefüge des Zivilrechtswegs in der Rechtswegordnung unberührt bleibt.

Im Gegensatz hierzu stehen andere Veränderungen des Zivilrechtswegs in jüngerer Zeit, nämlich die Zuständigkeitsverschiebungen zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. Es handelt sich um echte Rechtswegverlagerungen, wenn etwa nach § 172 Bundesbeamtenengesetz für alle Klagen der Bundesbeamten aus dem Beamtenverhältnis

1) AcP 149, 32

der Verwaltungsrechtsweg vorgeschrieben ist, ¹⁾ während früher für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten der Zivilrechtsweg gegeben war. ²⁾ Seit der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklauseln ist auch fraglich, inwieweit durch sie die bisher bestehenden Zuweisungen öffentlichrechtlicher Streitsachen in den Zivilrechtsweg kraft Gewohnheitsrecht beseitigt worden und die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte begründet worden ist. ³⁾ Diese echten Rechtswegübergänge zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht, wie im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit, durch eine Veränderung des materiellen Rechts, der rechtlichen Art und Natur der Verfahrensgegenstände, bedingt sind, sondern ihre Ursache in Veränderungen des Gerichtswesens, nämlich in der Errichtung eigener, unabhängiger und getrennt von den Justizgerichten ressortierender Verwaltungsgerichte haben. - Für den Übergang von ehemals streitiger Erledigung zu unstreitiger seien einige typische Fälle angeführt. (Unberücksichtigt bleiben hierbei die zahlreichen ähnlich gelagerten Fälle, in denen der Gesetzgeber nicht ein bereits gesetzlich als streitig geregeltes Verfahren in ein FG-Verfahren überführt hat, sondern neue Materien, die er wohl einem Prozessverfahren hätte unterstellen können, als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgestaltet hat, nämlich hauptsächlich die sogenannten "echten Streitverfahren.")

a) Für das Recht der Verweigerung der Einwilligung der Eltern zur Eheschliessung eines minderjährigen Kindes folgte der Entwurf I zum BGB den meisten vor 1900 geltenden Ländergesetzen ⁴⁾ und sprach im § 1338 Abs. 3, 4 dem Kinde einen "Anspruch" auf Erteilung der Einwilligung gegen den Vater oder die Mutter zu, es sei denn, dass ein wichtiger nach den Umständen des Falles der Verweigerung rechtfertigender Grund vorliegt. Nach dieser Regelung hätte mit der Rechtskraft des Urteils auf Abgabe der Einwilligung die Einwilligung als erklärt gegolten (§ 894 Abs. 2, Satz 1 ZPO). In den Motiven heisst es dazu ⁵⁾: "Mit der Natur des elterlichen Einwilligungsrechts als eines eigenen Rechts der Eltern würde es nicht im Einklang stehen, wenn man die Entscheidung nicht dem Prozessrichter, sondern dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere dem Vormundschaftsrichter übertragen wollte."

1) ebenso nach dem Beamtenrechtsrahmengesetz v. 1.7.57

2) WeimRV Art. 129 Abs. 1 Satz 4; vgl. auch noch BGHZ 2, 273

3) vgl. dazu insbesondere Bettermann MDR 49, 394 ff; Baur, DRZ 49, 395 ff; derselbe SJZ 50, 161 ff; Bachof, SJZ 49, 377 ff; Ule, 10. Beiheft zur DRZ; Bachof, ZZP 65, 1 ff.; K. Blomeyer, MDR 52, 23 ff; Tiedau ZZP 64, 407 ff.

4) vergl. dazu § 32 des Personenstandsgesetzes in der Fassung von 1895 und Hellwig, System I S. 58

5) Motive IV, S. 29

Entsprechend der entgegengesetzten Auffassung der 2. Kommission ist dann in § 1308 BGB (heute § 3 EheG) die Zuständigkeit des FG-Richters zur Ersetzung der Einwilligung begründet worden, weil "das Einwilligungsrecht den Eltern nicht im eigenen Interesse als Einzelpersonen, sondern als Mitgliedern der Familie" gegeben sei. MÜNZEL ¹⁾ stellt dazu zutreffend fest: "mit der Regelung des § 1308 des BGB (erst recht mit § 3 EheG) ist nicht nur die Angelegenheit in ein anderes Verfahren verwiesen worden, es hat sich darüber hinaus eine grundlegende Änderung des Rechts vollzogen: das subjektive "Recht" der Eltern ist verwandelt worden in eine Pflicht, für das Wohl des Kindes bedacht zu sein."

b) Bei Entziehung oder Beschränkung der Schlüsselgewalt hatte nach dem Entwurf I zu § 1278 Abs. 3 BGB die Ehefrau die "Befugnis", "die Herstellung des ehelichen Lebens zu verlangen, wenn die Beschränkung oder Entziehung sich als ein Missbrauch des Rechts des Ehemanns darstellt." Hiernach sollte Klage der Ehefrau auf Herstellung des ehelichen Lebens zulässig sein und Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens ergehen, das jedoch nicht vollstreckbar gewesen wäre (§ 888 Abs. 2 ZPO), so dass auch die Wiedereinräumung der Schlüsselgewalt nicht erzwingbar gewesen wäre. Die Auffassung der 2. Kommission, es "werde regelmässig das Vormundschaftsgericht besser in der Lage sein, der Frau zu ihrem Rechte zu verhelfen, als das Prozessgericht", führte zu der Regelung des § 1357 Abs. 2 BGB a.F. ²⁾, wonach das Vormundschaftsgericht die Beschränkung oder die Ausschliessung der Schlüsselgewalt durch den Mann aufheben kann.

c) Ähnlich ist die Entwicklung hinsichtlich des in § 1358 BGB a.F. (aufgehoben durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18.6.57) geregelten Rechts des Mannes zur Kündigung von Dienstverhältnissen der Frau verlaufen. § 1277 des Entwurfs I hatte ursprünglich vorgesehen, dass Rechtsgeschäfte der Frau über Eingehung von Dienstverhältnissen der Einwilligung des Mannes bedürfen und dass bei deren Fehlen der Mann das Rechtsgeschäft gegenüber dem Dritten mit Wirkung für die Zukunft anfechten kann. Zu der offen gebliebenen Frage, wie sich die Frau gegen die Aufhebung eines Rechtsgeschäftes wehren könne, wurde in der II. Kommission die Möglichkeit einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erörtert. ³⁾

Dagegen konnte nach § 1358 BGB a.F. der Mann das Rechtsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, aber nur, wenn er auf seinen Antrag hin vom Vormundschaftsgericht dazu ermächtigt worden war. Das Kündigungsrecht war ausgeschlossen, wenn der Mann der Verpflichtung zugestimmt hatte oder sei-

1) ZZP 66, 334 ff (360)

2) vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB Bd. 4 S. 740

3) vgl. Mugdan a.a.O. S. 740, 1215, 1217

ne Zustimmung auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt worden war.

d) Eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Art des Pfandverkaufs kann heute gemäss § 1246 II BGB vom FG-Richter angeordnet werden. Nach § 1178 des Entwurfs I zum BGB sollte dem Pfandgläubiger ein materiellrechtlicher Anspruch gegen den Eigentümer auf Abgabe einer Einwilligungserklärung zu der begehrten anderweitigen Art des Pfandverkaufs verliehen werden, über welchen im ordentlichen Rechtsstreit entschieden werden sollte.¹⁾

e) Übergänge von streitiger zur freiwilligen Gerichtsbarkeit haben noch stattgefunden hinsichtlich der Entlassung eines Testamentvollstreckers (§ 2227 BGB) und in besonders aufschlussreicher Entwicklung hinsichtlich der Regelung über die Ernennung von Liquidatoren von Personenhandels Gesellschaften (vgl. früher Art. 133 Abs. 2, 145 AHGB und heute §§ 146 Abs. 2, 147 HGB, 145 FGG)²⁾; ferner hinsichtlich der Ermächtigung einer Minderheit von 1/20 des Aktienkapitals zur Einberufung einer Generalversammlung bei einer Aktiengesellschaft (heute im § 106 Abs. 4 AktG, § 145 FGG). Nach § 98 Abs. 4 AktG kann die Staatsanwaltschaft ausdrücklich "im Klageweg" das gesetzliche Gebot erzwingen, dass Gewinnbeteiligungen in angemessenem Verhältnis zu den Aufwendungen zugunsten der Gefolgschaft oder von Einrichtungen, die dem gemeinen Wohl dienen, stehen müssen. Die in § 98 Abs. 4 AktG vorbehaltene Durchführung ist aber in der Weise erfolgt, dass Art. III der 1. DVO z. AktG vom 29.9.1937 (RGBl I 1026) in §§ 8 ff. jenes Spruchverfahren geschaffen hat, das nach ausdrücklicher Bestimmung ein FG-Verfahren darstellt.

Die Entwicklung von Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus ehemals streitigen Angelegenheiten geht demnach vielfach in kleinen, kaum unterscheidbaren Stufen vor sich: wo z.B. ursprünglich ein im Prozess verfolgbarer Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung bestanden hat, tritt an dessen Stelle die Ersetzung der Erklärung durch das FG-Gericht; mit dieser Regelung wird noch fingiert, dass das FG-Gericht eigentlich die Erklärung des Beteiligten abgibt (vgl. die Entwicklung zu § 3 EheG; weitere Fälle sind die §§ 1379, 1402, 1447 BGB). Ähnlich bleiben die Handlungen, zu denen das FG-Gericht einen Beteiligten "ermächtigt", formell Handlungen des Beteiligten (vgl. die Entwicklung zu dem § 1358 BGB a.F.). In der nächsten Stufe der Entwicklung werden die Ersetzungen von Zustimmungserklärungen oder die Ermächtigungen unmittelbar in Zustimmungen (= Genehmigungen) des FG-Gerichts selbst umgewandelt. Anstelle des ursprünglichen einklagbaren Anspruchs tritt endlich die "typische FG-Massnahme", wenn das FG-Gericht nicht nur die Zustimmung zu einer Handlung der

1) vgl. Motive III S. 829, Prot. III S. 479, 480;

2) hierzu Münzel, ZZP 66, S. 364 - 66

Beteiligten erteilt, sondern selbst die entsprechende Massnahme trifft (vgl. die Entwicklung zu § 1246 Abs. 2 BGB).

Die Überführung ehemals streitiger Gerichtsbarkeit in freiwillige Gerichtsbarkeit gibt zu erkennen, dass es sich verfahrensrechtlich nur um eine rechtsrechnerische Verfeinerung der Formen und Mittel innerhalb der Zivilgerichtsbarkeit handelt.

Es darf in diesem Zusammenhang bemerkt werden, dass die oben (Kapitel 8) bekämpfte Auffassung, die "Massnahmenggerichtsbarkeit" sei keine "Rechtsprechung", sondern materielle Verwaltung, ungeschichtlich ist und vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus einen Rückschritt bedeutet.

II. DIE ZUSTÄNDIGKEITSVERSCHRÄNKUNGEN ZWISCHEN STREITIGER UND FREIWILLIGER GERICHTSBARKEIT.

Auch die zahlreichen engen Zuständigkeitsverschränkungen zwischen Verfahren der freiwilligen und der streitigen Gerichtsbarkeit sprechen für einen einheitlichen Rechtsweg.

Viele Fälle des Nebeneinander im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit sind nur für das Verhältnis von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit charakteristisch, kommen also im Verhältnis von anderen Rechtspflegebereichen nicht vor. Es lassen sich folgende Charakteristische Gruppen bilden:

1. Für eine gleichartige Entscheidung ist je nach bestimmten Voraussetzungen der Zivilprozessrichter oder der FG-Richter zuständig (= Fälle "gemeinsamer" Zuständigkeit). "Gemeinsame" Zuständigkeit besteht häufig dann, wenn die Entscheidungen von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit auf einander aufbauen; die beiden Verfahren sind dann stufenförmig geschaltet und die Entscheidungen gleichen Teilentscheidungen über einen einheitlichen Verfahrensgegenstand.
2. Sehr ähnliche Tatbestände sind teils dem Zivilprozessrichter, teils dem FG-Richter zur Entscheidung zugewiesen (= Fälle "uneinheitlicher" Zuständigkeit).
3. Es gibt Fälle, in denen sowohl die streitige als auch die freiwillige Gerichtsbarkeit in einer einheitlichen Materie zu verschiedenartigen Entscheidungen berufen sind (= Fälle der "Doppelzuständigkeit")

Zu 1. "Gemeinsame" Zuständigkeit.

a) Vertragshilfe ¹⁾, die regelmässig das Vertragshilfegericht in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewährt (§§ 7, 8 Abs. 1 VertrHG), kann, wenn

1) Ges. über die richterliche Vertragshilfe v. 26.3.52 (BGBl. I 198)

über einen vertragshilfefähigen Anspruch ein Rechtsstreit anhängig wird, mit Zustimmung des Gläubigers auch das Prozessgericht nach demselben materiellen und formellen Recht wie das FG-Gericht aussprechen. Die Entscheidung ergeht hierbei durch Urteil und kann nur mit dem Urteil angefochten werden (§ 11 Abs. 4 Satz 1, 2 VertrHG). 1)

Wird über einen Anspruch nach § 82 BVertrG 2) ein Rechtsstreit anhängig, so kann die Vertragshilfe (§ 83 Abs. 1 - 3 BVertrG mit § 11 Abs. 4 VertrHG) ebenfalls durch das Prozessgericht gewährt werden, wenn der Gläubiger es beantragt.

b) Eine nicht bestrittene Ausgleichsforderung eines Ehegatten (§§ 1372 ff, 1378 BGB i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes) kann nach § 1382 Abs. 1 BGB (i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes) vom Vormundschaftsgericht gestundet werden. Soweit über die Ausgleichsforderung ein Rechtsstreit anhängig ist, kann der Schuldner einen Antrag auf Stundung nur in diesem Verfahren (§ 1382 Abs. 5 BGB) stellen.

Die alternative Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts und des Prozessgerichts wirft hier die folgende Frage auf: nach § 1382 Abs. 6 BGB kann das Vormundschaftsgericht eine rechtskräftige Stundungsentscheidung auf Antrag aufheben oder ändern, wenn sich die Verhältnisse wesentlich geändert haben. Ist unter "rechtskräftiger Entscheidung" nur die Stundung durch das Vormundschaftsgericht gemeint oder ist darunter auch die vom Prozessgericht gemäss § 1382 Abs. 5 BGB ausgesprochene Stundung zu verstehen? Die Auslegung, dass das Vormundschaftsgericht auch die Entscheidung des Prozessgerichts aufheben oder ändern kann, erscheint als die richtige, denn das Prozessgericht ist zu einer Stundung nur zuständig, wenn ein Rechtsstreit über die Ausgleichsforderung anhängig ist. Ist die Ausgleichsforderung aber einmal rechtskräftig festgestellt, so ist der Grund für die sekundäre Zuständigkeit des Prozessgerichts weggefallen. Hinzu kommt, dass die Entscheidung des Prozessgerichts über die Stundung durch das Prozessgericht selbst nicht mehr geändert werden könnte. Die Abänderungsklage nach § 323 ZPO kommt nur bei Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen in Betracht. In der Aufhebungs- und Änderungsmöglichkeit einer Stundungsentscheidung kann jedoch kein Unterschied danach bestehen, ob die Entscheidung vom Prozessgericht oder vom Vormundschaftsgericht getroffen worden ist.

Kann aber das Vormundschaftsgericht die "fremde" Stundungsentscheidung des Prozessgerichts wie seine "eigene" in einer der Regelung des § 323 ZPO ähnlichen Weise aufheben oder ändern, wenn sich die Verhältnisse nach der Entscheidung

1) zur sog. "Prozessrichterlichen Vertragshilfe" vergl. Duden-Rowedder, VertrHG § 11 Anm. 12, 13, 16, 17; Saage, VertrHG § 11 Bem. IV

2) Ges. über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge i. d. F. vom 14.8.57 (BGBl. I S. 1215)

dung wesentlich verändert haben, so legt das nahe, Prozessgericht und Vormundschaftsgericht insoweit als gleichartige Gerichte desselben Rechtswegs anzusehen.

c) Umgekehrt gibt es Fälle, in denen in erster Linie das Prozessgericht zuständig ist, aber unter bestimmten Voraussetzungen das FG-Gericht zu derselben Entscheidung berufen sein kann.

Da über bestrittene Ausgleichsforderungen das Prozessgericht zu entscheiden hat, so steht ihm grundsätzlich allein die Befugnis zu, die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung der Ausgleichsforderung auszusprechen. Gleichwohl kann nach § 53 a Abs. 2 Satz 2 FGG auch das Vormundschaftsgericht in der Verfügung, in der über einen Antrag auf Stundung der Ausgleichsforderung entschieden wird, auf Antrag des Gläubigers die Zahlungsverpflichtung aussprechen.

Wird in einem vormundschaftsgerichtlichen Verfahren über die Stundung der Ausgleichsforderung (§ 1382 BGB) oder die Übertragung bestimmter Gegenstände unter Anrechnung auf die Ausgleichsforderung (§ 1383 BGB) ein Vergleich erzielt, so kann der vormundschaftsgerichtliche Vergleich auch die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung der Ausgleichsforderung enthalten (§ 53 a Abs. 1 Satz 3 FGG).

d) Nach § 13 LwVG ist es weitgehend in das Ermessen des Landwirtschaftsgerichts gestellt, ob es anstelle des Prozessgerichts entscheiden will. Hängt nämlich in einem Verfahren nach den Vorschriften des Landpachtgesetzes die Entscheidung von dem Bestehen oder dem Inhalt eines Landpachtvertrages ab, so kann das Gericht auf Antrag eines Beteiligten nach Anhörung der anderen Beteiligten beschliessen, hierüber anstelle des Prozessgerichts zu entscheiden. Dies gilt nur dann nicht, wenn die bezeichneten Tatsachen zur Zeit der Antragstellung Gegenstand eines schon anhängigen Rechtsstreits sind. ¹⁾ § 13 LwVG behandelt zwar die Entscheidung über eine Vorfrage und über Vorfragen hat das Landwirtschaftsgericht ohnehin stets selbst zu entscheiden. Wesentlich nach § 13 LwVG jedoch, dass die Entscheidung des Landwirtschaftsgerichts das Prozessgericht bindet. ²⁾ Insofern handelt es sich gerade nicht mehr um blosse Vorfragenkompetenz des Landwirtschaftsgericht, sondern um eine mit dem Prozessgericht gemeinsame Hauptsachezuständigkeit.

e) Wie geringe Bedenken das Gesetz gegen die alternative Zulassung eines FG-Verfahrens oder des Prozessverfahrens hat, ergibt sich auch bei dem Verfahren in

1) Der Beschluss des Landwirtschaftsgerichts ist auch dann unanfechtbar, wenn ein entsprechender Antrag nicht gestellt war, so BGH vom 8.10.57, RdL 58, 20

2) vergl. Lange-Wulff, Ges. über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen § 13 Anm. I; ähnlich Pritsch, Das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen, Bem. A zu § 13

Rückerstattungssachen. 1)

Zum Zwecke der Bereinigung der Zuständigkeit im Verhältnis zwischen Wiedergutmachungsverfahren und ordentlichem Verfahren kann nach Art. 71 REG (wie Art. 62 BREG) u. a. die Wiedergutmachungsbehörde "die Weiterbehandlung" des Anspruchs nach Massgabe dieses Gesetzes mit der Wirkung des Ausschlusses des Rechtswegs ²⁾ anordnen oder mit Bindung für das Gericht dem Berechtigten die Geltendmachung des Anspruchs im ordentlichen Rechtsweg überlassen. ³⁾

Hiernach können Verfahren über Ansprüche nach dem REG, die vor den ordentlichen Gerichten schweben, von der Wiedergutmachungsbehörde ganz nach ihrem Ermessen an sich gezogen werden oder den ordentlichen Gerichten überlassen werden.

In den aufgeführten Fällen, in denen sowohl das Prozessgericht als auch das FG-Gericht zu derselben Entscheidung zuständig sein kann, deckt sich die Entscheidungsgewalt beider Gerichte in bestimmten Angelegenheiten. Ob der Prozessrichter oder der FG-Richter im Einzelfalle zur Entscheidung berufen ist, hängt nur davon ab, welches Verfahren die berufenen Organe im Einzelfall für das zweckmässigere halten (vergl. das Rückerstattungsverfahren) oder davon, ob das eine

1) Ges. der amerikanischen Mil. Reg. Nr. 59 über die Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände vom 10.11.1947 (in Bayern GVBl 47, 221 (= REG); nach Art. 67 a. a. O. ist das Verfahren ein solches der FG.

Ges. Nr. 59 der brit. Mil. Reg. vom 12.5.1949 über die Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände an Opfer der nationalsozialistischen Unterdrückungsmassnahmen (VOBl 49, 152) (= BREG)

Für die im Bundesrückerstattungsgesetz vom 19.7.57 (BGBl I 734) behandelten Angelegenheiten gilt das durch die Zonengesetzgebung uneinheitlich geregelte Rückerstattungsverfahren.

2) "Ausschluss des Rechtswegs" bedeutet den Ausschluss des Prozessverfahrens; die abweichende Diktion der Rückerstattungsgesetze rührt von den Rechtsvorstellungen der Besatzungsmächte her, denn nach anglo-amerikanischem Rechtsdenken vollzieht sich alle Gerichtsbarkeit im Prozess.

3) vergl. zur Frage des Verhältnisses zum ordentlichen Rechtsweg den Aufsatz von Weisstein in: Praktische Fragen der Rückerstattung (Aufsatzsammlung des Betriebsberaters 1949, S. 9 ff.); Goetze, Kommentar zur REG zu Art. 60 REG; Kubuschuk-Weisstein, Kommentar zum REG zu Art. 62 BREG

oder das andere Verfahren zeitlich früher anhängig wird (vergl. das Vertragshilfeverfahren). Die Alternativität von Streitigem oder FG-Verfahren hat ihren Grund häufig darin, dass beide Verfahren eigentlich zwei Stufen eines einheitlichen, zusammenhängenden Verfahrens darstellen. Damit nicht beide Verfahren nacheinander durchgeführt werden müssen, werden sie dadurch konzentriert, dass einem der beiden Gerichte die "ganze" Entscheidung übertragen wird.

Wird etwa für einen der Höhe nach bestrittenen Anspruch Vertragshilfe begehrt, so vollzieht sich das Verfahren dem Grundsatz nach in zwei Stufen, nämlich der vorgängigen Feststellung des Anspruchs im Prozess und der nachfolgenden Vertragshilfe durch den FG-Richter (ähnlich bei den vertragshilfeähnlichen Massnahmen, vgl. §§ 1382, 1383 BGB n.F.). Prozessgericht und FG-Gericht haben zur Bildung der endgültigen und abschliessenden Entscheidung zusammenzuwirken: jedes der Gerichte hat Entscheidungen zu treffen, von denen jede für sich allein den ganzen Streitfall nicht befriedet.

Die beiden sich ergänzenden und auf einander bezogenen Verfahren kann man sich nicht sinnvoll als durch eine Rechtsweggrenze getrennt vorstellen.

f) Gem. § 6 Abs. 1 Satz 1 der 40. DVOUmstG ist das FG-Gericht zur Entscheidung des Streits oder der Ungewissheit über die Umstellung von Grundpfandrechten oder Forderungen zuständig. Könnte aber das Gericht im Umstellungsverfahren nicht auch über die Vorfragen entscheiden, ob die hypothekarisch gesicherte Forderung durch Zahlung oder Hinterlegung erloschen ist, wem das Grundpfandrecht zusteht, ob das Grundpfandrecht rechtsgültig bestellt ist und überhaupt über alle Vorfragen, von denen die Höhe des Umstellungsbetrages abhängt, so würde das Umstellungsverfahren gegenstandslos werden. ¹⁾ (Bei diesen Entscheidungen über den Grund des Anspruchs handelt es sich nicht um die allgemeine Vorfragenkompetenz der FG-Gerichte, denn die Entscheidungen binden die Gerichte (Behörden) und alle Beteiligten).

Zu 2. Die "uneinheitliche" Zuständigkeitsverteilung zwischen Streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit.

Von "verfahrensrechtlicher Verwirrung" infolge des "Aufstiegs der freiwilligen Gerichtsbarkeit" und des gleichzeitigen "Abstiegs des Zivilprozesses" spricht BOSCH in seiner Abhandlung: "Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit". ²⁾

¹⁾ vgl. insbesondere BGH Beschl. v. 8.3.52, BGBZ 5, 259 = NJW 52, 742 = LM Nr. 4 zu § 6 40. DVOUmstG; BGH Beschl. v. 29.5.52, LM Nr. 5 zu § 6 40. DVOUmstG; BGH Beschl. v. 26.6.52 LM Nr. 6 zu § 6 40. DVOUmstG.

²⁾ AcP n.F. Bd. 29 ganze Reihe Bd. 129, S. 32 ff unter IV

Gemeint ist damit, dass gleiche oder ähnliche Lebenssachverhalte häufig ohne ersichtlichen Grund zwei verschiedenen gerichtlichen Zuständigkeiten unterliegen und nach uneinheitlichem Verfahrensrecht behandelt werden.

So entscheidet das Prozessgericht über den Anspruch des Vormundes, Pflegers, Nachlassverwalters, Nachlasspflegers auf Ersatz seiner Aufwendungen (§§ 1835, 1915, 1960 Abs. 2, 1975 BGB), während das FG-Gericht (Vormundschafts- bzw. Nachlassgericht) die Vergütung bewilligt (§ 1836 BGB); auf die Leistung der Vergütung wiederum muss Klage beim Prozessgericht erhoben werden. ¹⁾

Die Pflicht des Vormunds, nach Beendigung der Vormundschaft das verwaltete Vermögen dem Mündel herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen (§§ 1890, 259 ff BGB) wird im Streitfalle vom Prozessgericht beurteilt, während die Rechnungslegung des Vormunds über seine Vermögensverwaltung gegenüber dem Vormundschaftsgericht erfolgt. ²⁾

Die Verleihung der Geschäftsfähigkeit (Volljährigkeitserklärung) ist eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 3 Abs. 1 BGB, § 56 FGG), ihre Entziehung (Entmündigung ist eine Angelegenheit der streitigen Gerichtsbarkeit (§§ 645 ff ZPO). Die Nachlassverwaltung (§§ 1975 ff, 1915 BGB) gehört zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, der Nachlasskonkurs (§§ 1975 ff BGB, 214 ff. KO) dagegen in die streitige Gerichtsbarkeit.

Während das Aufgebotsverfahren grundsätzlich dem Zivilprozess zugewiesen ist (§§ 946 ff ZPO), wird das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung, das früher ebenfalls in der ZPO geregelt war, (§§ 960 ff ZPO), als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit durchgeführt (§§ 13 - 45 VerschG vom 4.7.39). Die Anordnung der Nachlassverwaltung wird vom FG-Gericht vorgenommen; gegen den Niessbraucher (§ 1052 BGB) oder gegen den Vorerben (§ 2129 BGB) muss dagegen geklagt werden, wenn die Verwaltung auf einen vom Gericht zu bestellenden Verwalter übertragen werden soll. - In den meisten dieser Fälle wird man für die verschiedene Behandlung der zusammenhängenden Rechtssachen einen ausreichenden Grund in der Art der Angelegenheit oder in den Zielen der Verfahren finden können. So eignet sich der Anspruch des Vormunds usw. auf Ersatz seiner Aufwendungen deswegen für eine prozessuale Erledigung, weil für ihn konkrete Rechtssätze gegeben sind; für die Höhe der Vergütung dagegen muss der Richter die Beurteilungsmaßstäbe selbst finden und dazu ist derjenige Richter am besten in der Lage, der bereits in dem betreffenden Dauerverfahren tätig war.

1) vergl. Schlegelberger, Komm. § 16 FGG Anm. 14;
Rosenberg, Lb. § 13 II 3 (S. 54)

2) vergl. KG HRR 1939 Nr. 148

Man wird daher nicht so weit gehen dürfen, mit Bosch allen diesen Fällen der "uneinheitlichen" Zuständigkeit den Sinn abzuspochen und von "Verwirrung" zu reden. Immerhin zeigen sie aber, in einem wie engen sachlichen Zusammenhang vielfach die Aufgaben des Prozessrichters und des FG-Richters stehen.

Nicht selten ergibt sich auch durch eine unmerkliche Verschiebung der materiell-rechtlichen Beurteilung die Zuweisung in das eine oder andere Verfahren.

Das BayObLG hatte sich in der Entscheidung vom 12.3.57 ¹⁾ damit zu befassen, ob Streitigkeiten der Wohnungseigentümer über ihre gegenseitigen Verpflichtungen, an der Errichtung eines erst zu bauenden Hauses mitzuwirken, im Verfahren der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden seien. Indem es einen Streit aus dem Gemeinschaftsverhältnis unter den Wohnungseigentümern (43 Abs. 1 Ziff. 1 WEG) angenommen hat, ist es zur Zuständigkeit des FG-Gerichts gelangt. Sieht man jedoch in der gegenseitigen Verpflichtung der Wohnungseigentümer zur Errichtung des Hauses den Abschluss einer BGB-Gesellschaft, so kommt man zur Zuständigkeit des Prozessgerichts. ²⁾ Dass die durch das WEG gezogene Zuständigkeitsgrenze zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit nach kaum unterscheidbaren Merkmalen verläuft, wird auch in dem Beschluss des OLG Celle vom 18.12.57 ³⁾ deutlich. Die Antragsteller haben hier den Antrag gestellt: " festzustellen, dass der Antragsgegner durch den Beschluss der Wohnungseigentümer vom als Verwalter abberufen worden ist." Das OLG Celle führt aus, dass die beantragte Feststellung, dass der Antragsgegner als Verwalter abberufen worden sei, nicht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit getroffen werden könne, weil eine solche Entscheidung im § 43 Abs. 1 Ziff. 1 - 4 WEG nicht vorgesehen sei. In dem Antrage liege aber gleichzeitig der Antrag, festzustellen, dass der (den Antragsgegner als Verwalter abberufende) Beschluss gültig sei. Feststellungen über die Gültigkeit von Beschlüssen der Wohnungseigentümer seien jedoch gemäss § 43 Abs. 1 Ziff. 4 WEG im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu treffen.

Zu 3. Die "Doppelzuständigkeit".

Eine Besonderheit des Verhältnisses von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit ist die Möglichkeit, dass in einer Rechtssache sowohl das Prozessgericht, als auch das FG-Gericht zu inhaltlich verschiedenen, wenn auch oft ähnlich wirkenden Entscheidungen zuständig sein können. ⁴⁾

1) JZ 57, 671

2) so Hohenester, JZ 57, 657 ff.

3) NJW 58, 307 ff.

4) vergl. hierzu Baur, Lb. § 2 B V 2 (S. 37)

a) Zur Erreichung eines gleichen Ziels können freiwillige und streitige Gerichtsbarkeit in Anspruch genommen werden, wenn gegen Firmenmissbrauch sowohl die Unterlassungsklage nach § 37 Abs. 2 HGB gegeben ist, als auch das Registergericht gem. § 146 FGG aufgeben kann, sich des Gebrauchs der Firma zu enthalten. Die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft und einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und einer Genossenschaft (§§ 216, 217 AktG, §§ 75, 76 GmbHG, §§ 95, 96 GenG) ist neben dem Lösungsverfahren nach §§ 144, 147 FGG zulässig; die Entscheidung des Prozessgerichts über die Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen im Wege der Anfechtungsklage (§§ 195 ff., 199 AktG) neben der Löschung der Beschlüsse als nichtig im Handelsregister. (§ 144 Abs. 2 FGG; für Beschlüsse der Generalversammlung einer Genossenschaft; § 147 Abs. 3 FGG). Die Klage der Erben auf Herausgabe des unrichtigen Erbscheins an das Nachlassgericht (§ 2362 Abs. 1 BGB) und das Verfahren des Nachlassgerichts auf Einziehung oder Kraftloserklärung des Erbscheins (§ 2361 BGB), die Klage des Erben gegen den Besitzer eines Testaments auf Herausgabe des Testaments an das Nachlassgericht (§ 2259 Abs. 1 BGB) und das Verfahren zur Ablieferung des Testaments (§ 83 FGG) stehen jeweils wahlweise offen.

b) Schwierigkeiten ergeben sich namentlich aus der Doppelzuständigkeit von Vormundschaftsgericht und Prozessgericht bei der Regelung des Personensorgerechts über Kinder. Das Vormundschaftsgericht kann nach § 1666 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn das Wohl des Kindes dadurch gefährdet wird, dass die Eltern das Sorgerecht missbrauchen, das Kind vernachlässigen oder sich eines ehrlosen und unsittlichen Verhaltens schuldig machen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Massnahmen treffen. Gemäss § 627 ZPO kann das Prozessgericht für die Dauer eines Rechtsstreits über die Ehescheidung wegen der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder Anordnungen treffen. In dem Verhältnis zwischen Vormundschaftsgericht und Prozessgericht ist insbesondere zweifelhaft: ob das Prozessgericht noch nach § 627 ZPO eine Anordnung treffen kann, wenn das Vormundschaftsgericht vorher einen entsprechenden Antrag auf Sorgerechtsregelung abgelehnt hat, oder ob umgekehrt die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts dadurch ausgeschlossen wird, dass das Prozessgericht vorher bereits eine Anordnung nach § 627 ZPO getroffen hat; ferner ist zweifelhaft, ob das Vormundschaftsgericht Anordnungen über die Sorge für die Kinder nur nach § 1666 BGB oder auch in analoger Anwendung des § 627 ZPO erlassen kann, ob das Prozessgericht nach § 627 ZPO auch eine Regelung des Verkehrs der Eltern mit den Kindern anordnen kann oder ob hierfür wieder ausschliesslich das Vormundschaftsgericht zuständig ist. Weiter war unter der Geltung des § 1632 BGB a.F. umstritten, ob das Prozessgericht in Durchführung seiner Anordnung nach § 627 ZPO selbst die Herausgabe eines Kindes an den Sorgeberechtigten anordnen könne oder ob ein Herausgabestreit nach § 1632 BGB a.F. nötig sei oder das Vormundschaftsgericht

die Herausgabe anordnen könne bzw. müsse. ¹⁾

Die Verflechtung der Zuständigkeiten von Vormundschafts- und Prozessgericht in Sorgerechtsangelegenheiten wird dadurch noch verwickelter, dass nach dem durch das Gleichberechtigungsgesetz neu geschaffenen § 1672 BGB das Vormundschaftsgericht bei nicht nur vorübergehendem Getrenntleben der Eltern dieselben Massnahmen hinsichtlich der Personensorge treffen kann, die es bisher nur nach erfolgter Scheidung der Ehe (§ 74 EheG) erlassen konnte. Es entsteht angesichts der nunmehr alleinigen Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zur Entscheidung eines Herausgabestreits zwischen Eltern (§ 1632 Abs. 2 BGB n.F.) auch die Frage, ob das Prozessgericht in der einstweiligen Sorgerechtsregelung nach § 627 ZPO auch die Herausgabe eines Kindes an den Sorgeberechtigten verfügen kann.

Die beiden Verfahren des Vormundschaftsgerichts und des Prozessgerichts stimmen im Gegenstand, Ziel und Mitteln so sehr überein und sind untereinander so sehr verschmolzen, dass ihre Trennung durch eine Rechtsweggrenze keinen sachlichen Anhalt finden lässt.

10. Kapitel:

DIE NICHTSTREITIGE GERICHTSBARKEIT IN ANDEREN ZWEIGEN DER GERICHTSBARKEIT.

Im vorhergehenden ist das Verhältnis zwischen der streitigen und der freiwilligen Zivilgerichtsbarkeit daraufhin untersucht worden, inwieweit sich Hinweise für die Rechtswegfrage ergeben. Wie wird nun in anderen Arten der Gerichtsbarkeit - ausser der Zivilgerichtsbarkeit - das Verhältnis derjenigen Verfahrensbereiche, welche in der Zivilgerichtsbarkeit der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechen, zu den streitigen Verfahrensbereichen behandelt?

Wenn Kern ²⁾ sagt, es "wäre eine" "freiwillige Gerichtsbarkeit" "auch nicht bloss innerhalb der Justizgerichtsbarkeit denkbar, so wenn z.B. die Entscheidung über die Einweisung Geisteskranker in eine Anstalt den Verwaltungsgerichten übertragen würde", so wird damit der Gedanke angedeutet, dass eine "freiwillige Gerichtsbarkeit" ausser in der Zivilgerichtsbarkeit ebenso in jeder anderen Art von Gerichtsbarkeit denkbar wäre.

1) Vgl. hierzu insbesondere StJSch zu § 627 ZPO, Wiczorek zu § 627 ZPO, Schlegelberger, Komm. § 12 Rn. 16, Baur, Lb. § 2 B V 2 (S. 38) Rosenberg Lb. § 161 III 9 (S. 780 ff.)

2) Kurzlb. des Ger. Verf. R. S. 15

1.) Das arbeitsgerichtliche Verfahren kennt in dem Urteilsverfahren einerseits (§§ 46 - 79 ArbGG) und dem Beschlussverfahren (§§ 80 - 100 ArbGG) andererseits zwei in ihrer Ausgestaltung und ihrer Aufgabe grundsätzlich verschiedene Verfahrensarten. Im Urteilsverfahren wird über die Ansprüche bürgerlichrechtlicher Art entschieden, die von einer Partei gegen die andere geltend gemacht werden, im Beschlussverfahren stehen sich keine Parteien im Streit um gegenseitige Ansprüche gegenüber; es handelt sich um Auseinandersetzungen in dem Bereich des Betriebes und über die Tätigkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Organe, zuzüglich einer Reihe von Fragen über die Vertretung der Arbeitnehmerschaft im Aufsichtsrat.

Nach der einen Auffassung stellen die Streitigkeiten aus der Betriebsverfassung öffentlichrechtliche Streitigkeiten dar; 1) nach der anderen, nicht weniger verbreiteten Auffassung ist das Recht der Betriebsverfassung als ein Komplex privatrechtlicher Normen zur Organisation eines sozialen Kollektivs anzusehen. 2)

Das Arbeitsgerichtsgesetz übernimmt mit der Zweiteilung in Urteilsverfahren und Beschlussverfahren "einen Grundsatz, der in ähnlicher Weise auch sonst durchgeführt ist. Im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit liegt eine, ... in gewisser Hinsicht vergleichbare Spaltung in dem Verfahren nach der ZPO auf der einen und in dem Verfahren nach dem FGG auf der anderen Seite vor". 3) Das LAG Frankfurt/Main 4) sieht schlechthin eine Übereinstimmung zwischen Beschlussverfahren und FG-Verfahren. 5)

Tatsächlich haben auch beide Verfahren ähnliche Grundsätze und Formen. Das Beschlussverfahren zeichnet sich gegenüber dem Urteilsverfahren dadurch aus, dass es viel freier gestaltet ist; insbesondere ist keine mündliche Verhandlung notwendig. Es herrscht - wie in der freiwilligen Gerichtsbarkeit - Amtsbetrieb, das Gericht ist grundsätzlich an Anträge der Beteiligten nicht gebunden. Die Beschlüsse ergehen nach freier Überzeugung des Gerichts (§ 83 Satz 1 ArbGG), es besteht also keine Behauptungs- und Beweislast wie für die Parteien des Zivilprozesses. 6) Die "Beteiligten" des Beschlussverfahrens sind alle Personen, deren Recht unmittelbar betroffen wird; 7) wenn auch derjenige, der den Antrag stellt,

1) Dietz-Nikisch, ArbGG, Vorbem. 5 vor § 80 mit umfangreichen Hinweisen

2) so Dersch-Volkmar, ArbGG, § 80, Anm. 1 mit Hinweisen; vergl. auch die Hinweise bei Dietz-Nikisch Vorbem. 5 vor § 80

3) Dersch-Volkmar, ArbGG § 80 Anm. 1

4) ArbuR 53, 315

5) Die Annäherung an die FG betont auch Kaufmann, ArbuR 54, 1

6) vergl. Dersch-Volkmar, § 83 Anm. 6

7) dazu Dietz, DRZ 54, 27; Dersch-Volkmar § 83 Anm. 2

als Antragsteller bezeichnet werden kann, so fehlt es jedoch zumeist an einem Antragsgegner. ¹⁾

Das Verhältnis zwischen dem arbeitsgerichtlichen Urteils- und Beschlussverfahren wird von einer überwiegenden Meinung als solches der Zulässigkeit des Rechtswegs betrachtet. Dietz-Nikisch ²⁾ lehren: "Daraus, dass es sich bei den Streitigkeiten um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten handelt - (bzw. das Beschlussverfahren kein zivilprozessuales Verfahren ist) - folgt, dass hier das Urteilsverfahren wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs ausgeschlossen ist." (Mit Hinweis auf *Depène*, § 80 ArbGG Anm. II 1). "Umgekehrt liegt auch vom Standpunkt des Beschlussverfahrens aus eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit ausserhalb des Rechtswegs". ³⁾ Ferner: ⁴⁾ "Die Grenze zwischen den Rechtssachen, die im Urteilsverfahren entschieden werden, und denen, die im Beschlussverfahren behandelt werden, fällt mit der Zulässigkeit des Rechtswegs zusammen und zwar so, dass die im Beschlussverfahren zu entscheidenden Streitigkeiten vom Standpunkt des Urteilsverfahrens ausserhalb der Zulässigkeit des - zivilrechtlichen - Rechtswegs und umgekehrt vom Standpunkt des Beschlussverfahrens die im Urteilsverfahren auszutragenden bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten ausserhalb der Zulässigkeit dieses -verwaltungsgerichtlichen - Rechtswegs liegen."

Dass es demnach also zwei Rechtswege geben soll, einen zivilgerichtlichen und einen verwaltungsgerichtlichen, von dem nicht gesagt wird, ob er sich nur auf das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren beschränkt oder ob er mit dem allgemeinen Verwaltungsrechtsweg einen einheitlichen Rechtsweg bildet, lässt sich nicht halten.

Die Meinung, dass es sich um Unzulässigkeit des Rechtswegs handle, stützt sich hauptsächlich auf zwei Urteile des Reichsgerichts vom 25.9.1923 und vom 13.5.1924. ⁵⁾

Das erstere Urteil des Reichsgerichts befasst sich damit, ob nach dem Erlass einer Entscheidung des Bezirkswirtschaftsrates (vergl. § 35 Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920), welche das Recht der Arbeiter eines Betriebes auf Wahl einer Betriebs-

1) vergl. Dersch-Volkmar Anm. 2 zu § 83

2) ArbGG Vorbem. 11 vor § 80

3) ArbGG Vorbem. 12 vor § 80

4) ArbGG § 80 Anm. 1

5) RGZ 107, 244 u. 108, 167; Rohlfing-Rewolle (ArbGG, § 80 Anm. 1) führt sie unter Billigung der Auffassung von der Unzulässigkeit des Rechtswegs an, während Dersch-Volkmar ArbGG § 80 Anm. 2 auf die in den Entscheidungen zum Ausdruck kommende herrschende Meinung hinweist, gegen die er aber Bedenken erhebt.

vertretung anerkennt, der Rechtsweg für eine Klage der Arbeiter auf Duldung der Wahl und Anerkennung des zu wählenden Betriebsrats zulässig ist. Es wird u. a. ausgeführt: Die Betriebsräte bekleiden, wie aus § 35 BRG 1920 hervorgeht, ein Amt und die mit diesem Amte verbundenen Rechte und Pflichten, das Recht und die Pflicht an der Betriebsleitung und der Betriebsführung teilzunehmen und zur Wirtschaftlichkeit des Betriebes mitzuwirken, das Recht und die Pflicht, bei allen, die Arbeiter und die Angestellten gemeinsam berührenden Angelegenheiten sozialer und wirtschaftlicher Natur beratend und vermittelnd einzugreifen, das Recht und die Pflicht, in gewissen Fällen den Schlichtungsausschluss anzurufen, gehören dem öffentlichen Rechte an. Die Verletzung des subjektiven Rechts der Arbeiter eines Betriebes auf Vornahme der Wahl und auf Nichtbehinderung des gewählten Betriebsrates bei Ausübung seiner Aufgaben durch den Arbeitgeber kann ihn nach Massgabe der §§ 95, 99 BRG strafbar machen. Einen weiteren Rechtsschutz genießt es aber nicht. Namentlich haben die Arbeiter auch nach einem ihnen günstigen Spruche des Bezirkswirtschaftsrates keinen privatrechtlichen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Duldung der Wahl und Anerkennung des gewählten Betriebsrats. Denn Streitigkeiten über die Ausübung eines subjektiven öffentlichen Rechts und über die Erfüllung der ihm entsprechenden öffentlichrechtlichen Pflichten fallen nicht unter § 13 GVG.

Bei Erlass dieser Entscheidung des Reichsgerichts vom 25.3.1923 bestand ein gerichtliches Beschlussverfahren, das man mit dem heute geltenden vergleichen könnte, überhaupt noch nicht. Nach § 93 BRG vom 4.2.1920 sollte der Bezirkswirtschaftsrat über gewisse betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten entscheiden. Ab 1.1.1924 ging die Zuständigkeit nach Art. II § 1 Nr. 4 und 5, Art. II § 2 Schlichtungs VO vom 30.10.23 auf die vorläufigen Arbeitsgerichte, dies waren die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte oder soweit solche nicht bestanden, auf die nach Art. 1 SchlichtungsVO bestehenden arbeitsgerichtlichen Kammern der Schlichtungsausschüsse über. Nach § 5 der ersten VO zur Durchführung der VO über das Schlichtungswesen vom 10.12.23 erfolgte die Beilegung der im § 39 BRG 1920 aufgeführten betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten in einem Beschlussverfahren. Näher geregelt wurde sodann das Beschlussverfahren im ArbGG vom 23.12.1926 (weitgehend dem jetzt geltenden ähnlich). - Das Reichsgericht hatte somit nicht zu entscheiden, ob entweder das Zivilprozessverfahren oder ein sonstiges gerichtliches Verfahren zulässig ist, sondern darüber, ob entweder der Zivilprozess zulässig ist oder überhaupt kein gerichtlicher Rechtsschutz gegeben ist. Insofern musste er zur Abweichung der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs kommen. Daraus kann man aber nicht schliessen, dass eine Klage in einer betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheit auch dann wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen werden muss, nachdem nun ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren eingeführt worden ist. (Ob unabhängig hiervon das Reichsgericht

zu Recht § 13 GVG angewendet und Unzulässigkeit des Rechtswegs angenommen hat, weil die geltend gemachten Ansprüche öffentlichrechtlicher Natur seien, oder ob vielmehr überhaupt kein Rechtsverhältnis, aus dem ein klagbarer Anspruch hervorgeht, vorgelegen hat, kann dahinstehen.)

Ebensowenig kann für das Verhältnis arbeitsgerichtlicher Urteils- und Beschlussverfahren aus dem Urteil des Reichsgerichts vom 13.5.1924 etwas entnommen werden. Das Reichsgericht hielt hier eine Klage aus § 1004 BGB für unzulässig, mit der geltend gemacht wurde, dass der Beklagte mit Unrecht behaupte, Betriebsratsmitglied zu sein und zu Betriebsratsgeschäften den Betrieb der Klägerin betreten zu dürfen. Auch in diesem Falle hatte das Reichsgericht nicht zu entscheiden, ob anstelle des Prozessweges ein anderes gerichtliches Verfahren zulässig gewesen wäre.

Dass es sich, wie Dietz-Nikisch a.a.O. meinen, bei den Angelegenheiten des Beschlussverfahrens um (öffentlichrechtliche) "Streitigkeiten" handle, trifft auch insofern nicht zu, als man sie nicht als "Streitigkeiten" ansehen kann. (vgl. oben S. 99). Es könnte sich allenfalls um nichtstreitige Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet der Verwaltungsgerichtsbarkeit handeln.

Die Auffassung, das Urteilsverfahren sei wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs ausgeschlossen, sofern das Beschlussverfahren vorgesehen ist, ist auch nicht damit vereinbar, dass das Beschlussverfahren nunmehr eine Erscheinungsform der rechtssprechenden Gewalt im Sinne des Art. 92 GG ist, und dass bei der verfassungsrechtlichen Einheit der rechtssprechenden Gewalt der Begriff "Rechtsweg" nicht auf den ordentlichen Rechtsweg beschränkt ist. ¹⁾

Seitdem auch noch § 48 a ArbGG ²⁾ ausdrücklich von einem einheitlichen Rechtsweg der Gerichte für Arbeitssachen ausgeht, und für diesen einheitliche Vorschriften gelten, kann die Zusammengehörigkeit in einem einzigen Rechtsweg kaum mehr zweifelhaft sein. Abgesehen hiervon wäre es ohne vergleichbares Beispiel im gesamten Gerichtsverfahrensrecht, wenn ein einheitliches Verfahrensgesetz zweierlei Rechtswege begründen würde. Wie könnte man dann noch die Verfahren des ZVG, der KO und der VerglO zusammen mit dem der ZPO zum ordentlichen Rechtsweg zählen, nachdem sogar getrennte Verfahrensgesetze bestehen?

Das Bundesarbeitsgericht, das sich in einem Beschluss vom 3.4.57 ³⁾ eingehend

1) In diesem Sinne auch Dersch-Volkmar, ArbGG, § 80 Anm. 2

2) eingefügt durch Gesetz vom 2.12.55 (BGBl I 743); die Bestimmung ist in den, die Frage der Unzulässigkeit des Rechtswegs behandelnden Kommentaren von Dietz-Nikisch und Dersch-Volkmar noch nicht berücksichtigt.

3) JZ 57, 641

mit der Abgrenzung von arbeitsgerichtlichen Urteils- und Beschlussverfahren befasst, befürwortet zwar eine "reinliche Scheidung" beider und hält in dem entschiedenen Falle eine Wahl zwischen beiden nicht möglich, sondern allein das Beschlussverfahren für zulässig, aber es spricht nicht vom Ausschluss des Rechtswegs.

2.) Sind jedoch das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren und das Beschlussverfahren ein einziger Rechtsweg, so lassen sich hieraus allgemeine Grundsätze für das Verhältnis zwischen streitiger und nichtstreitiger Gerichtsbarkeit innerhalb der gleichen Gerichtsbarkeit gewinnen, insbesondere auch für das Verhältnis von streitiger Zivilgerichtsbarkeit und freiwilliger Gerichtsbarkeit. Die nichtstreitige Gerichtsbarkeit ist stets ein wesentlicher Bestandteil der betreffenden Gerichtsbarkeit, zu der sie der Rechtsmaterie nach gehört. Unabhängig davon, in welchem Grössenverhältnis die Bereiche der streitigen und der ausserstreitigen Verfahren in einer Gerichtsbarkeit stehen und ob aus gesetzestechnischen Gründen getrennte oder einheitliche Verfahrensgesetze erforderlich sind, ergänzen und bedingen sich beide Verfahrensarten allgemein zu einem einheitlichen Rechtsweg. Dass man die Frage stellt und stellen kann, ob es angesichts der Lebenssachverhalte überhaupt noch berechtigt ist, zwei verschiedene Verfahren der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit nebeneinander bestehen zu lassen ¹⁾ gibt zu erkennen, dass es sich lediglich um verfahrensrechtliche Abwandlungen in einem einheitlichen Zweig der (Zivil-) Gerichtsbarkeit handelt. Da das nichtstreitige Verfahren kein mit dem Zivilprozess auf gleiche Linie zu setzendes Verfahren ist, ²⁾ sondern vornehmlich eine Gliederung der Gerichtsbarkeit in sich bewirkt, können sie nicht als zwei parallele Rechtswege nebeneinander stehen.

3.) Auch im Strafrechtsweg werden verfahrensrechtliche Mittel angewendet, die sich mit denen des FG-Verfahrens berühren, etwa soweit Massregeln der Sicherung und Besserung verhängt werden (Abschn. 1 a des StGB, §§ 42 a ff.); das gesamte Jugendstrafverfahren, insbesondere im Hinblick auf die als Folgen der Jugendstrafat anzuordnen Erziehungsmassregeln und Zuchtmittel (§§ 5 Abs. 1, 9 - 12 und 5 Abs. 2, 13 - 16 JGG) verfolgt ähnliche Fürsorgezwecke wie gewisse FG-Verfahren, z.B. das Freiheitsentziehungsverfahren (vgl. die "Überweisung" vom Jugendgericht an den Vormundschaftsrichter gem. § 53 JGG).

Dass auch die Verwaltungsgerichte "freiwillige Gerichtsbarkeit" ausüben können, geht aus einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.1.54 ³⁾ hervor, in

1) vergl. Bosch AcP, Bd. 29 n.F. S. 56

2) Hellwig, System § 22 (S. 59)

3) JZ 55, 242

welchem entschieden wurde, dass bis zum Inkrafttreten der in Art. 104 Abs. 2 Satz 4 GG vorgesehenen Regelung ¹⁾ auch die Verwaltungsgerichte zum Erlass einer Entscheidung über die Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 Abs. 2 GG berechtigt seien und dass das hierbei anzuwendende Verfahren sich nach den Vorschriften des FGG richte. ²⁾

III. Teil:

DAS VERHÄLTNIS ZWISCHEN STREITIGER UND FREIWILLIGER GERICHTSBARKEIT ALS FRAGE DER SACHLICHEN ZUSTÄNDIGKEIT.

11. Kapitel:

DIE FORMEN DER SACHLICHEN ZUSTÄNDIGKEIT IN DEM VERHÄLTNIS ZWISCHEN STREITIGER UND FREIWILLIGER GERICHTSBARKEIT.

Für das Verhältnis der freiwilligen zur streitigen Gerichtsbarkeit ist zusammenfassend festzustellen, dass jedenfalls die unmittelbare oder entsprechende Annahme der Unzulässigkeit des Rechtswegs auszuschliessen ist. Dies gilt für alle Bereiche der von ordentlichen Gerichten ausgeübten freiwilligen Gerichtsbarkeit, in denen das Verhältnis zur streitigen Gerichtsbarkeit überhaupt zweifelhaft werden kann, also in erster Linie bei den sogenannten "echten Streitverfahren"; aber auch in allen anderen Fällen, in denen die Rechtswegfrage auftaucht, rechtfertigt die Tatsache, dass ein FG-Verfahren zulässig ist, jedenfalls nicht die Annahme des Ausschlusses des Rechtswegs.

Dieses Ergebnis wirkt sich für die Rechtsübung dahin aus, dass alle gesetzlichen Vorschriften über die Zu- bzw. Unzulässigkeit des Rechtswegs auf das Verhältnis der freiwilligen zur streitigen Gerichtsbarkeit unanwendbar sind. Dass § 17 GVG nicht anwendbar ist, wurde bereits oben (Kap. 4 Abschn. VII) aus dem Sinn die-

1) inzwischen ergangen durch das erwähnte Freiheitsentziehungsgesetz vom 29. 6. 56 (BGBl I 599)

2) Die Anwendbarkeit der Vorschriften des FGG bezeichnet das BVerwG als allgemeine Meinung unter Hinweis auf VG Freiburg, DVBl 51, 313 ff.; VGH Stuttgart DÖV 53, 350 Nr. 224; BayVG vom 20. 5. 54 - 59 V 53; BGHZ 5, 47; Holtkotten im Bonner Komm. S. 16/17 zu Art. 104 GG; Bachof, DÖV 52, 394; Wolff DÖV 51, 315; Dernerde DVBl 51, 317; a.A. OVG Münster DÖV 54, 316

ser Vorschrift entwickelt. Eine weitere Folge ist, dass die Berufung und die Revision nicht ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes (§§ 511 a Abs. 4 und 547 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO) stattfindet, wenn eine Klage deswegen abgewiesen worden ist, weil das FG-Gericht ausschliesslich zuständig ist. Dieses Ergebnis entspricht durchaus dem Zweckgedanken der Rechtswegvorschriften, die, wie oben (Kap. 3 und 4) dargelegt, den Weg zu den ordentlichen Gerichten gegenüber der Verwaltung sichern sollen.

1.) Mit der Ablehnung der Annahme der "Unzulässigkeit des Rechtswegs" eröffnet sich die Frage, mit welchem Begriff die entstandene Lücke auszufüllen ist.

Es wäre noch kein brauchbares Ergebnis, wenn man lediglich feststellen würde, dass es sich um ein Verhältnis besonderer Art handle, das im Gesetz nicht geregelt sei. In diesem Sinn könnte man ROSENBERG verstehen, wenn er die zwei voneinander unabhängigen Prozessvoraussetzungen unterscheidet ¹⁾: ".... es darf nicht der Rechtsweg unzulässig oder das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgeschrieben sein oder".

Allerdings macht sich für weite Bereiche das Fehlen einer solchen Regelung nicht bemerkbar, weil ein Kompetenzkonflikt oder eine Ressortverwechslung praktisch nicht denkbar sind. So wird nicht vorkommen, dass an das Prozessgericht ein Antrag auf Eintragung im Grundbuch oder Handelsregister oder auf Erteilung eines Erbscheins gestellt wird.

Es treten jedoch, wie die bisherigen Untersuchungen gezeigt haben, nicht selten Konkurrenzfälle auf, die einer Regelung bedürfen.

BAUR ²⁾ lehnt ebenfalls die herrschende Meinung ab, weil es sich im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit um eine Aufspaltung der ordentlichen Gerichtsbarkeit handle. Diese sei zwar gesetzlich nicht näher klassifiziert; es bleibe aber nichts anderes übrig, als wegen der grundsätzlichen Verfahrensverschiedenheiten die Vorschriften über die Unzulässigkeit des Rechtswegs entsprechend heranzuziehen. Der Unterschied verwische sich jedoch zur sachlichen Zuständigkeit hin in den Verfahren der "streitigen" freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Es wird sich jedoch zeigen lassen, dass sich die Fälle der Berührung zwischen der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit allgemein unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Unzuständigkeit beurteilen lassen.

Die Ordnung der Zuständigkeit bedeutet die Verteilung der gerichtsbaren Angele-

1) Lb. § 89 II 3 (S. 411)

2) Lb. § 2 B III 5 (S. 32/33)

genheiten unter die Gerichte 1. Instanz. ¹⁾ Dieser Grundsatz ist in der neueren Zeit dadurch durchbrochen worden, dass die gerichtsbaren Angelegenheiten nicht nur durch Bildung von Zuständigkeiten, sondern auch durch Bildung von Rechtswegen verteilt werden (vergl. oben Kapitel 7). (Die Möglichkeit, dass die freiwillige Gerichtsbarkeit einen eigenen Rechtsweg bildet, ist jedoch bereits oben, Kap. 7 Abschn. II, ausgeschaltet worden).

Die sachliche Zuständigkeit auf dem Gebiet der Zivilgerichtsbarkeit verteilt die richterlichen Geschäfte nicht nur auf die Amts- und Landgerichte, (= sachliche Zuständigkeit im engeren, eigentlichen Sinne) sondern - nach einer hauptsächlich in der Rechtsliteratur im Gegensatz zur Rechtsprechung vertretenen Auffassung - auf die Sondergerichte ²⁾ und auf die besonderen ordentlichen Gerichte, wie Wieczorek die Patent-, Warenzeichen-, Schifffahrtsgerichte und alle Besonderungen innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit bezeichnet. ³⁾

ROSENBERG ⁴⁾ definiert die sachliche Zuständigkeit im Unterschied zur funktionellen Zuständigkeit folgendermassen: "... die sachliche Zuständigkeit verteilt gegenständlich verschiedenartige Sachen zu gleichartiger Erledigung unter funktionell gleichartige Organe, die funktionelle Zuständigkeit verschiedenartige Rechtspflegehandlungen in derselben Sache an funktionell verschiedenartige Organe." "Verschiedene Gerichte erster Instanz stehen also dann in einem Verhältnis der sachlichen Zuständigkeit, wenn sie "die gleiche Rechtspflegeaufgabe in Bezug auf verschiedene Arten von Streitigkeiten zu erfüllen haben. ⁵⁾

Übereinstimmend hiermit glaubt BAUR das Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit begrifflich nicht unter die sachliche Zuständigkeit bringen zu können, weil nicht "über wesensgleiche oder wesensverwandte Rechtsverhältnisse im gleichen oder ähnlichen Verfahren ⁶⁾" entschieden werde.

Aber gerade in denjenigen Fällen, in denen sich streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit berühren, stimmen die Verfahrensgegenstände und die Verfahrensgrundsätze so weitgehend überein, dass begrifflich kein Hindernis besteht, verschiedene sachliche Zuständigkeiten anzunehmen. Hierzu sei vor allem auf die oben in Kapitel 9 erörterten Fälle der "gemeinsamen", "uneinheitlichen" und "Dop-

1) Hellwig, Lb. II § 94 unter 2

2) Sondergerichte gibt es allerdings derzeit keine, die Arbeitsgerichte bilden einen eigenen Rechtsweg, s. oben Kap. 7

3) § 14 GVG Anm. B II; vgl. auch Rosenberg Lb. § 29 II 1 (S. 118)

4) Lb. § 29 II 3 (S. 119)

5) Nikisch, Lb. d. Ziv.Proz.R. S. 86

6) Lb. § 2 B III 5 (S. 33)

pelzuständigkeit" hingewiesen. Man darf sich keine unnötigen begrifflichen Schwierigkeiten bereiten, indem man völlig beziehungslose Rechtssachen konfrontiert, bei denen eine Ressortverwechslung nicht vorkommen kann. Wenn man etwa der Zahlungsklage den Antrag auf eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gegenüberstellt, wird man den Kern der Frage nicht treffen. Es geht nicht darum, abstrakt das Verhältnis der so vielgestaltigen freiwilligen Gerichtsbarkeit als solcher zu der auch selbst uneinheitlichen streitigen Gerichtsbarkeit als solcher begrifflich festzulegen; dies wäre ebenso unfruchtbar, wie das Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Gegensatz zur streitigen Gerichtsbarkeit zu bestimmen. Wichtig ist aber, eine Lösung für die Konflikte zu finden, die sich an den Berührungsf lächen der beiden Bereiche ergeben. Dort aber handelt es sich um verwandte Rechtspflegeaufgaben und nahestehende Verfahrensgrundsätze.

Aber auch wesentliche Verfahrensunterschiede würden nicht unausweichlich dazu zwingen, Unzulässigkeit des Rechtswegs bzw. verschiedene Rechtswege anzunehmen. Dies zeigt sich an dem Institut der funktionellen Zuständigkeit. Für die funktionelle Zuständigkeit, unter welcher die Verteilung verschiedenartiger Rechtspflegeaufgaben auf funktionell verschiedenartige Organe in derselben Sache verstanden wird ¹⁾ ist die Anwendung verschiedenartiger Verfahren typisch. Trotzdem wird hier kein Hindernis gesehen, eine sachlich bezogene Zuständigkeitsverteilung anzunehmen.

Bei den grossen Verschiedenheiten in dem ausserordentlich weitgespannten Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit lassen sich die Möglichkeiten des Verhältnisses von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit allerdings nur in differenzierter Weise mit dem gebräuchlichen Begriff der sachlichen Zuständigkeit zur Deckung bringen. Es wird sich manchmal als erforderlich erweisen, die Begriffsmerkmale nicht allzu eng zu nehmen, wie es auch bisher vielfach im Hinblick auf die Sondergerichte und die besonderen ordentlichen Gerichte geschehen ist.

2.) Umso unmittelbarer lässt sich der Zuständigkeitsbegriff anwenden, je deutlicher die betreffenden FG-Angelegenheiten als "Streitigkeiten" ausgeprägt sind. Die Abstufungen reichen von "echten Streitsachen", die nahezu in der gleichen Weise wie der Zivilprozess der Durchsetzung der (behaupteten) subjektiven Rechte der Beteiligten dienen, wie die Rückerstattungssachen, manche Landwirtschaftssachen, die meisten Wohnungseigentumssachen, bis zu solchen FG-Verfahren, die lediglich eine gewisse Ähnlichkeit mit den Streitverfahren aufweisen, z.B. die Regelung der Vergütung des Verwahrers nach § 165 Abs. 2 FGG und der Gründungsprüfer nach § 27 Abs. 2 AktG und die Regelung des einem unverheirateten Kinde von den Eltern zu gewährenden Unterhalts nach § 1612 Abs. 2 S. 2 BGB,

1) siehe unten S. 108/9

die Beendigung von "Amtsstellungen" u. ä. Die Annahme sachlicher Zuständigkeit ist auch danach verschieden, inwieweit das FG-Gericht zuständig ist, Rechts-sachen, die nach den tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen einheitlich sind, umfassend zu entscheiden, also alle, in den einheitlichen Rechtssachen zu treffenden Entscheidungen selbst auszusprechen. Solche umfassende Entscheidungsgewalt haben insbesondere die Gerichte für Rückerstattungsverfahren, für Wohnungseigentumssachen, für Landwirtschaftssachen. - Alle aus dem Rückerstattungsfall hervorgehenden "Ansprüche" sind dem Rückerstattungsgericht zur Entscheidung übertragen (Art. 57 REG, Art. 49 BREG).

Nach § 43 Abs. 1 Ziff. 1 WEG trifft das FG-Gericht allgemein die Entscheidung über die sich aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und aus der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums ergebenden Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander und nach Ziff. 2 auch allgemein über die Rechte und Pflichten des Verwalters bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums.

Dem Landwirtschaftsgericht ist unter anderem die Entscheidung in den Verfahren auf Grund der Vorschriften über das landwirtschaftliche Pachtwesen im Landpachtgesetz vom 25.6.52 (§ 1 Ziff. 1 LwVG) und über das Anerbenrecht einschliesslich der Versorgungsansprüche bei Höfen, Hofgütern, Landgütern und Anerbengütern (Ziff. 5) übertragen.

Wenn das FG-Gericht in dieser Weise über alle "Rechte und Pflichten" oder über alle "Ansprüche" aus einem bestimmten Rechtsverhältnis oder schlechthin über ein Rechtsverhältnis zu entscheiden hat, ist im Verhältnis zum Prozessgericht eine Verteilung sachlicher Zuständigkeit gegeben.

3.) Wenn dagegen das FG-Gericht nicht zur allseitigen Entscheidung über einheitliche Rechtsverhältnisse berufen ist, sondern nur zu dem Erlass beschränkter Einzelmassnahmen in diesen Rechtsverhältnissen, lässt sich das Verhältnis des FG-Gerichts zum Prozessgericht grundsätzlich ebenfalls unter dem Gesichtswinkel der sachlichen Zuständigkeit behandeln; jedoch ist diese der funktionellen Zuständigkeit angenähert.

Während die sachliche Zuständigkeit bedeutet, dass verschiedene Gerichte in gegenständlich verschiedenartigen Rechtssachen die gleiche Funktion versehen, regelt die Ordnung der funktionellen Zuständigkeit die Ausübung verschiedenartiger Funktionen in derselben Sache durch verschiedene Gerichte (bzw. sonstige Rechtspflegeorgane) ¹⁾; die funktio-

1) so Nikisch, ZivPR S. 99; vgl. auch die oben S. 106 wiedergegebene Definition Rosenbergs; ähnlich StJSch Einl. D vor § 1 ZPO Bem. IX 1 c; Wieczorek Anm. B IV b zu § 1 ZPO; Schönke-Schröder-Niese, Ziv.Proz.R. § 36 (S. 174)

nelle Zuständigkeit grenzt die Funktionen eines Organs von denen der anderen in derselben Sache tätig werdenden Organe ab, z.B. die Funktionen der ersten, zweiten, dritten Instanz, im Landgerichtsprozess die Funktionen des Gerichts, des Vorsitzenden, des Einzelrichters und des beauftragten Richters, ferner die Funktionen des Gerichts und des Urkundenbeamten der Geschäftsstelle und des Rechtspflegers, aber auch die Funktionen des Prozessgerichts, des Vollstreckungsgerichts, des Gerichtsvollziehers; funktionell zuständig sind die Amtsgerichte auch als Konkurs- und Vergleichsgerichte, als Arrestgerichte (§§ 919, 942 ZPO), für das Mahnverfahren (§ 689 ZPO), für das Verfahren zur Sicherung des Beweises (§ 486 ZPO), für das Entmündungsverfahren (§§ 645, 676, 680 Abs. 1, 685 ZPO), für das Aufgebotsverfahren (§ 23 Ziff. 2 Buchst. h GVG), für die Rechtshilfe (§ 157 GVG) 1).

Insbesondere mit dem Entmündigungsverfahren und dem Aufgebotsverfahren, die also ein Verhältnis der funktionellen Zuständigkeit begründen, stimmen grosse Teile der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem Wesen nach überein; vielfach werden sie sogar als eigentliche FG-Verfahren bezeichnet. 2) ROSENBERG 3) sagt über das Verhältnis des Vollstreckungsprozesses zum Erkenntnisprozess: "Die Zwangsvollstreckung bildet einen Teil des gerichtlichen Rechtsschutzverfahrens, das ja nicht nur die Streitentscheidung in dem durch Klage einzuleitenden Erkenntnisverfahren, sondern auch die Verwirklichung und Sicherung des im Erkenntnisverfahren oder sonstwie festgestellten Anspruchs umfasst." "Vollstreckungsprozess aber und Erkenntnisprozess sind keine Einheit. Dieser hat die Entscheidung, jener die Verwirklichung von Ansprüchen zum Ziel. Die Zwangsvollstreckung ist niemals Bestandteil des Prozesses im engeren Sinne noch auch nur eine notwendige Folge von ihm". Das zeige sich darin, dass nicht jeder Prozess eine Zwangsvollstreckung zur Folge habe, nicht jede Zwangsvollstreckung einen Prozess zur Voraussetzung habe, Vollstreckungsprozess und Erkenntnisprozess gleichzeitig nebeneinander herlaufen könnten.

Bezgl. ihres Verhältnisses zum Zivilprozess bestehen zwischen dem Vollstreckungsverfahren und dem FG-Verfahren Parallelitäten:

Auch das FG-Verfahren erscheint häufig als Teil eines zusammen mit dem Zivilprozess einheitlichen Rechtsschutzverfahrens. Das hat sich besonders deutlich bei den Fällen der "gemeinsamen" und der "Doppelzuständigkeit" zwischen FG-Ge-

1) vergl. zu dieser Aufzählung Rosenberg Lb. § 30; ferner Nikisch, Ziv.Proz.R. S. 99

2) vergl. Baur Lb. § 2 B III 2 (S. 31); Bosch AcP 149, S. 52/53; Münzel, ZZP 66, 334 ff.

3) Lb. § 169 II 1 (S. 843)

richt und Prozessgericht erwiesen (oben, Kapitel 9).

a) Der Zivilprozess kann zwingend Massnahmen des FG-Gerichts zur Folge haben, so dass das FG-Verfahren als Fortsetzung des Prozessverfahrens erscheint, so wenn nach der Ehescheidung das Vormundschaftsgericht über die Sorgerechtsregelung hinsichtlich der gemeinschaftlichen Kinder entscheiden muss (§ 1671 BGB n.F., früher § 74 EheG); ähnlich kann sich an eine Ehescheidung eine Hausratsstreitigkeit anschliessen.

b) Die Massnahme des FG-Gerichts ist ferner häufig derart, dass zwar nicht notwendig ein Prozess vorausgehen muss, aber vorausgehen kann; hierbei verhalten sich Prozessverfahren und FG-Verfahren wie zwei sich einander zur Erfüllung eines einheitlichen Rechtsschutzzieles ergänzende Verfahren. Dies ist typisch bei den Vertragshilfe- und den vertragshilfeähnlichen Verfahren. Hier werden nämlich zunächst bestrittene Rechte vom Prozessgericht festgestellt und dann schliesst sich die Vertragshilfemassnahme des FG-Gerichts an. Das Prozessgericht entscheidet beispielsweise über Bestehen und Höhe der Ausgleichsforderung eines Ehegatten gegen den anderen, anschliessend ordnet das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Gläubigers an, dass der Schuldner bestimmte Gegenstände seines Vermögens unter Anrechnung auf die festgestellte Ausgleichsforderung dem Gläubiger zu übertragen hat. (§ 1383 BGB n.F.)

Häufig kann in Vertragshilfe- und vertragshilfeähnlichen Sachen das Prozessgericht selbst eine grundsätzlich dem FG-Gericht übertragene Massnahme treffen, wenn ein Rechtsstreit bei ihm anhängig ist. Hier zeigt sich besonders deutlich, dass das Vertragshilfeverfahren eigentlich ein Anschlussverfahren an das Prozessverfahren ist (§ 11 Abs. 4 VertrHG; § 1382 Abs. 5 BGB n.F.)

c) Dieses Prinzip wird auch dort sichtbar, wo umgekehrt das FG-Gericht die Entscheidung anstelle des eigentlich zuständigen Prozessgerichts treffen kann, z.B. § 13 LandwVerfG; denn eigentlich hätte das Landwirtschaftsverfahren erst nach Durchführung eines Prozessverfahrens über das Bestehen eines Landpachtvertrages stattzufinden.

Es wird hierbei deutlich, dass Prozessgericht und FG-Gericht in vielen Fällen, in denen sie nebeneinander oder nacheinander berufen sind, lediglich verschiedene, aufeinander bezogene Funktionen in einer gleichbleibenden Rechtsangelegenheit versehen.

Wie das Vollstreckungsverfahren aber, obwohl es ein Teil eines einheitlichen Rechtsschutzverfahrens ist, selbständig und vom Prozessverfahren unabhängig ist, so auch das FG-Verfahren in seinem Verhältnis zum Prozessverfahren.

In diesen zwei Fallgruppen:

- a) es konkurrieren gegenständlich verschiedene Rechtssachen, die ähnlicher Behandlung unterliegen,

b) es konkurrieren verschiedene Massnahmen in einer einheitlichen Sache, werden sich im wesentlichen die Zuständigkeitskonkurrenzen unterbringen lassen.

Wenn das FG-Verfahren (im Gegensatz zu der Gruppe b) so verselbständigt und unabhängig ist, dass man es nicht mehr gewissermassen als Ergänzung zum Streitverfahren ansehen kann, wird es in der Regel auch an einer Gemeinsamkeit fehlen, die zu Ressortverwechslungen Anlass geben könnte. Sollten sie dennoch in Frage kommen, so kann man sie doch unter der Ordnung der sachlichen Zuständigkeit beurteilen; man darf nur nicht das Begriffsmerkmal der Verfahrenähnlichkeit überspannen. Es kann ja auch das nämliche Gericht verschiedene Verfahren anwenden; deswegen hat Kern (vgl. oben Kapitel 2, Abschnitt II) sogar die Zuständigkeitsfrage überbrückt und lediglich Verschiedenheit des Verfahrens angenommen. Demgegenüber wird hier aus den oben (in Kapitel 2 Abschnitt II) gegebenen Gründen vorgezogen, den Begriff der sachlichen Zuständigkeit zu erweitern, um der praktisch eingespielten Einteilung der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit besser gerecht zu werden.

Auch bei gerichtlichen Hilfsfunktionen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, z.B. Register- und Urkundenwesen, darf man nicht jeden Zusammenhang mit dem Prozess übersehen. Auch sie dienen, wenn sie den Rechtsverkehr fördern und sichern, dem gleichen Endziel, die Gerechtigkeit und den Rechtsfrieden zu verwirklichen. Sie helfen Streit zu verhüten und Prozesse zu vermeiden, ebenso wie etwa das Mahnverfahren, das Güteverfahren. Dass sogar auch das grundbuchamtliche und das registergerichtliche Verfahren sich mit dem Prozessverfahren berühren können, zeigt ein Hinweis auf das Rangklarstellungsverfahren des Grundbuchamts (§§ 90 ff insbesondere §§ 106, 107, 115 GBO), in welchem wie durch ein Feststellungsurteil ein Rechtsverhältnis festgestellt wird; ferner ein Hinweis auf das Verfahren der Abberufung der Abwickler einer Aktiengesellschaft (§ 206 Abs. 2 AktG) ¹⁾.

1) zur Möglichkeit der Konkurrenz vgl. das oben S. 26 angeführte Urteil des LG Regensburg vom 20.12.51

12. Kapitel:

DIE ANWENDBARKEIT DER VORSCHRIFTEN ÜBER SACHLICHE
ZUSTÄNDIGKEIT AUF DIE SACHLICHE ZUSTÄNDIGKEIT
DER FG-GERICHTE.

Das Ergebnis, dass es sich im Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit grundsätzlich um ein solches der sachlichen Zuständigkeit handelt, welches im Einzelfalle nach den Grundsätzen der funktionellen Zuständigkeit abgewandelt sein kann, beeinflusst die Anwendbarkeit einer Reihe von gesetzlichen Bestimmungen. Diese können entweder auf die sachliche Zuständigkeit abstellen oder mittelbar hiermit im Zusammenhang stehen. Soweit es sich um Fragen handelt, von denen die Entscheidung: Zulässigkeit des Rechtswegs oder sachliche Zuständigkeit bisher zu Unrecht abhängig gemacht wurde, wie die Kompetenz-Kompetenz, die Verweisungsmöglichkeit, die Wirksamkeit von Ressortübergriffen, ist hierauf bereits eingegangen worden.

Zu erörtern sind noch

- a) die Zulässigkeit von Vereinbarungen über die Zuständigkeitsverteilung zwischen Prozessgericht und FG-Gericht,
- b) die Wirkung der Rechtshängigkeit von Prozessverfahren und FG-Verfahren aufeinander,
- c) die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das gemeinsame höhere Gericht und
- d) die Anwendung des § 528 ZPO.

1.) Vereinbarung der Zuständigkeit (§§ 38 - 40 ZPO)

Es gilt als Grundsatz, dass die Grenzen zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit nicht durch Vereinbarungen über die Zuständigkeit der in den beiden Verfahren tätig werdenden Gerichte (bzw. rügelose Einlassung zur Hauptsache; §§ 38 - 40 ZPO) verändert werden können. 1) Nur ausnahmsweise ist eine Vereinbarung für zulässig erachtet worden. So konnte nach ständiger Rechtsprechung die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts zur Entscheidung auch über die Höhe

1) StJSch § 38 ZPO Anm. II 3 (unter Gleichstellung der FG-Organen mit den Verwaltungsbehörden); Wieczorek § 38 ZPO Anm. A II c; Rosenberg Lb. § 36 I 2 a (S. 143); Schlegelberger, Vorbem. 3 vor § 3 FGG; Keidel Vorbem. 4 vor § 3 FGG; Josef Lb. der FG S. 47; Bärmann AcP 154, 395; BGH Beschluss vom 29.4.52 (NJW 52, 1055) beruft sich auf den Grundsatz bei Ablehnung der Anwendung von §§ 38/40 ZPO auf die Landwirtschaftsgerichte.

der Aufwertung (stillschweigend) vereinbart werden, indem die Parteien bei einem Streit über Grund und Höhe es unterliessen, einen Aussetzungsantrag (zwecks Herbeiführung der Entscheidung der Aufwertungsstelle) zu stellen. 1)

In welchen Widerspruch hier die herrschende Meinung mit sich selbst gerät, zeigt sich in dem Urteil des Reichsgerichts vom 6.10.28 2). Es führt dort zunächst aus: bei der Abgrenzung des Wirkungskreises der Aufwertungsstelle von demjenigen des Prozessgerichts handle es sich nicht um die Frage der Zuständigkeit, sondern der Zulässigkeit des Rechtswegs, denn das Verfahren vor der Aufwertungsstelle sei ein solches der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Daraus folgert das Gericht richtig, dass die Zuständigkeit der Aufwertungsstelle von Amts wegen zu prüfen sei, keine Vereinbarung über die Zuständigkeit getroffen werden könne und kein Verzicht auf die Einrede der Unzuständigkeit möglich sei. Dennoch stellt es anschliessend fest 3): "demnach ist anzunehmen, dass die ausschliessliche Zuständigkeit der Aufwertungsstelle nur die Bedeutung hat, dass die Gerichte nicht kraft Gesetzes zur Entscheidung berufen sind, dass es dagegen den Parteien freisteht, das Prozessgericht auch bei einem Streit über die Höhe der Aufwertung anzurufen und dass der Beklagte insoweit auf die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs verzichten kann, so dass keine Prüfung von Amts wegen stattzufinden hat." "Ob eine stillschweigende Vereinbarung des ordentlichen Rechtswegs darin erblickt werden kann, dass die Beklagten in erster Instanz zur Hauptsache verhandelt haben, ohne die prozesshindernde Einrede geltend zu machen, bedarf nicht der Entscheidung. Jedenfalls war nach § 528 ZPO eine Berücksichtigung der Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs in der Berufungsinstanz nicht mehr möglich, weil der Beklagte wirksam auf sie verzichten konnte."

Das Reichsgericht hat hier also einen Fall, in dem es ausdrücklich Unzulässigkeit des Rechtswegs angenommen hat, wie einen Fall der sachlichen Unzuständigkeit behandelt, um nicht zu unbrauchbaren Ergebnissen zu kommen.

Die Vereinbarung kann gesetzlich ausdrücklich zugelassen sein. Nach § 71 des Aufwertungsgesetzes vom 16.7.25 konnte die Zuständigkeit der Aufwertungsstelle für die Entscheidung, ob ein aufgewerteter Anspruch besteht, sowie für andere mit der Aufwertung zusammenhängende Ansprüche, vereinbart werden.

Ferner ist einer Vereinbarung ähnlich, wenn das Prozessgericht mit Zustimmung des Gläubigers die Vertragshilfe in einem über den Anspruch anhängen-

1) RG Urt. v. 30.11.25 (JW 26, 1163); KG Urt. v. 10.2.26, ZZP 51, 114 ff. (118); RG Urt. v. 8.1.27 WarnRspr. Nr. 43; RG Urt. v. 6.10.28, RGZ 122, 100 ff; dagegen Emmerich in Anm. zum Urt. des KG v. 10.2.26 (ZZP 51, 119)

2) RGZ 122, 100 ff

3) S. 101

gig werdenden Rechtsstreit an Stelle des Vertragshilfegerichts gewähren kann (§ 11 Abs. 4 VertrHG). Das Prozessgericht wird dann infolge der Einigung der Parteien tätig, die darin zu finden ist, dass der Schuldner den Vertragshilfeantrag in dem Prozessverfahren stellt und der Gläubiger der Entscheidung im Prozessverfahren zustimmt.

Der Umstand, dass über die Zuständigkeit in dem Verhältnis zwischen Streitgericht und FG-Gericht grundsätzlich nicht durch Vereinbarungen der Beteiligten verfügt werden könne, zwingt nicht dazu, ein Zuständigkeitsverhältnis auszuschliessen. Denn nicht überall, wo Vereinbarungen unzulässig sind, handelt es sich deswegen bereits um Unzulässigkeit des Rechtswegs.

Es kann ausschliessliche Zuständigkeit vorliegen, die nicht durch Parteiverhalten geändert werden kann. 1) Für das Verhältnis von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit kommt namentlich in Betracht, dass die sachliche Zuständigkeit eine ausschliessliche sein kann und die funktionelle Zuständigkeit stets ausschliesslich ist (vergl. z.B. für die Zuständigkeit im Zwangsvollstreckungsverfahren § 802 ZPO). 2) Grundsätzlich, soweit die Frage des Verhältnisses von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit überhaupt erheblich werden kann, ist von der ausschliesslichen Zuständigkeit auszugehen und zwar vor allem dann, wenn wesentliche Unterschiede des Verfahrens und der Rechtspflegefunktionen vorliegen. Ausschliesslichkeit ist für die funktionelle Zuständigkeit typisch, denn die verschiedenartigen Rechtspflegetätigkeiten bedingen weitgehend ganz bestimmte Organe und umgekehrt.

Wenn auch die Zuständigkeitsverteilung zwischen Streitgericht und FG-Gericht grundsätzlich eine ausschliessliche ist, so sind über gesetzliche Fälle, z.B. § 11 Abs. 4 VertrHG, hinaus Fälle zu denken, in denen die Zuständigkeit vereinbart werden kann. Voraussetzung ist stets, dass eine Gegenpartei vorhanden ist; 3) handelt es sich um die Zulässigkeit von Vereinbarungen in Fällen, in denen Streitgericht und FG-Gericht mehr funktionell verschiedenartig sind, wie etwa im Verhältnis zwischen Prozessgericht und Vertragshilfegericht, so ist besonders zu prüfen, in wieweit die durch die Vereinbarung dem Gericht übertragene Tätigkeit dessen sonstigen Aufgaben verwandt ist. Auch wenn es sich um Verteilung funktio-neller Zuständigkeiten handelt, ist nämlich die Teilung der Aufgaben oft nicht so streng durchgeführt, dass eine Vereinbarung ganz ausgeschlossen sein müsste. Wie einerseits die Prozessgerichte bereits einen gewissen Zuständigkeitsbereich in

1) Rosenberg Lb. § 29 IV 1 (S. 119)

2) zur Ausschliesslichkeit der funktionellen Zuständigkeit: Rosenberg, Lb. § 29 IV 2 a (S. 120)

3) vergl. Wieczorek § 38 ZPO Anm. A 3 a mit Hinweisen

Vertragshilfemassnahmen besitzen, (vergl. insbesondere §§ 11 Abs. 4 VertrHG, § 1382 Abs. 5 BGB n.F.) so ist andererseits die Feststellung bestrittener Rechte nicht mehr als eine dem Vertragshilfegericht völlig fremde Aufgabe anzusehen, da das Vertragshilfegericht auch bei dem Grunde nach bestrittenen Ansprüchen Vertragshilfe gewähren kann. Deshalb sollten keine entscheidenden Bedenken bestehen, in gewissen Fällen die Vereinbarung der Zuständigkeit des Vertragshilfegerichts auch zu Vertragshilfe bei der Höhe nach bestrittenen Ansprüchen zuzulassen. ¹⁾

In ähnlicher Weise war auch die Frage, ob das Prozessgericht zur Entscheidung auch über die Höhe der Aufwertung infolge Parteiverhaltens zuständig werden könne, allein aus Gründen des Sachzusammenhanges zu lösen.

Umgekehrt ist eine Vereinbarung der Zuständigkeit des Prozessgerichts zur Entscheidung über die Umstellung eines Grundpfandrechts nicht möglich, soweit in dem Umstellungsverfahren das Finanzamt Beteiligter ist und deswegen das besondere Verfahren des § 6 40. DVOUmstG nicht gegen das Prozessverfahren ausgetauscht werden kann. Dem Gesichtspunkt der Konzentration der Verfahren wird jedoch dadurch Rechnung getragen, dass im Umstellungsverfahren das FG-Gericht auch über den Grund des Anspruchs entscheiden kann (vergl. oben S. 94).

2.) Die "Einrede" der Rechtshängigkeit (§§ 263 Abs. 2 Ziff. 1, 274 Abs. 2 Ziff. 4 ZPO)

Die "Einrede" der Rechtshängigkeit besagt, dass ein bereits anhängiger Anspruch unter denselben Parteien nicht noch einmal gleichzeitig anhängig gemacht werden darf, also ein zweiter, gleichgerichteter und gleichzeitiger Prozess über denselben Anspruch unter denselben Parteien ausgeschlossen ist. ²⁾ Die Rechtshängigkeit entsteht durch Klageerhebung vor einem ordentlichen Gericht oder einem Arbeitsgericht, nicht dagegen durch Klage vor einem Sondergericht, ausser wenn es angeordnet ist und nicht durch Klage vor einem Schiedsgericht ³⁾. (Nach den Vorschriften der neueren Verfahrensgesetze über das Verhältnis der Rechtswege kann das zuerst mit einer Sache befasste Gericht die Zulässigkeit des zu ihm be-

1) vergl. dazu auch Duden-Rowedder, VertrHG § 11 Anm. 1: die durch § 11 VertrHG herbeigeführte Änderung gegenüber dem früheren Rechte reicht nicht weit genug. Der Ausschluss von der Höhe nach streitigen Ansprüchen ist nicht genügend begründet. Eine grosszügige Auslegung des § 11, welche die Zurückweisung eines Vertragshilfeantrags nach Möglichkeit vermeidet, ist geboten.

2) Rosenberg Lb. § 98 I (S. 463)

3) Rosenberg Lb. § 97 II 1 a (S. 461)

schriftlichen Rechtswegs bindend bestimmen und dadurch einen zweiten Prozess vermeiden). - Nach allgemeiner Ansicht wird auch durch Anhängigkeit einer Sache beim FG-Gericht nicht die Einwendung der Rechtshängigkeit im Sinne der ZPO begründet.¹⁾ Soweit man im FG-Verfahren überhaupt von einer Einrede der Rechtshängigkeit sprechen kann, würde diese deswegen umgekehrt nicht dadurch begründet werden, dass dieselbe Angelegenheit bereits vor dem Prozessgericht anhängig ist.

Die Ablehnung einer Einwendung der Rechtshängigkeit in dem Verhältnis zwischen Prozessgericht und FG-Gericht wird jedoch von der Begründung BETTERMANN²⁾ nicht getragen. Danach soll Rechtshängigkeit soviel wie "Gerichtshängigkeit" heißen. "Gerichtshängigkeit bedeutet Anhängigkeit beim erkennenden, beim streitentscheidenden Gericht. Gericht heisst hier Rechtspflegeorgan und Rechtspflege ist im materiellen Sinne zu verstehen als streitentscheidende, als richterliche Tätigkeit." "Daraus folgt, dass die Anhängigkeit einer Sache in einer Instanz der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Rechtshängigkeit im Sinne der ZPO begründen kann; denn freiwillige Gerichtsbarkeit ist nur formell Rechtspflege, ist nur organisatorisch ein Stück Justiz, materiell handelt es sich um Verwaltungstätigkeit und daher hindert die Anhängigkeit einer Sache in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht die Anhängigmachung der gleichen Sache beim Prozessrichter." "Verwaltungsakte - das sind ja materiell die "Entscheidungen" in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die nur formell Justizakte sind, - binden den Richter nicht, eben weil sie keine Erkenntnisakte sind und ihnen deshalb die materielle Rechtskraft, die Feststellungswirkung nicht zukommen kann. Zwischen Verwaltungsakt und Urteil ist daher eine Kollision (im Sinne einer Entscheidungskollision) nicht möglich. Aber nur wo Entscheidungskollisionen möglich sind, bedarf es der Schranken der Rechtskraft und der Rechtshängigkeitseinrede."

Zunächst wird hier der Begriff "Rechtspflege", unter den die freiwillige Gerichtsbarkeit auf jeden Fall gehört, (vergl. § 1 Rechtspflegergesetz), verwechselt mit dem Begriff der "Rechtsprechung" im materiellen Sinne. Gemeint ist vielmehr, dass die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht zur "Rechtsprechung" im Sinne der Streitentscheidungslehre zu rechnen sei.

1) Bettermann, Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform S. 101 ff und derselbe, Festschrift für Lent, S. 97 ff.; StJSch Vorb. II 4 vor § 1 ZPO im Anschluss an Bettermann a. a. O. ("aber häufig wird das Rechtsschutzbedürfnis fehlen"); Schönke AcP 150, 228/29; Kuhfuss, Diss. S. 38 im Anschluss an Bettermann a. a. O.; KG Urt. v. 10.2.36 ZZZ 51, 114 ff für die Aufwertungsstelle.

2) a. a. O. S. 101/02

Es wurde bereits dargelegt, dass diese Auffassung selbst für die Bestimmung des verfassungsrechtlichen Begriffs "Rechtsprechung" (Art. 92 GG) zu eng ist und es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit unbestritten echte Streitigkeiten gibt. Ferner kann dieser verfassungsrechtliche Begriff nicht für die Lösung gerichtsorganisatorischer und -verfahrensrechtlicher Fragen herangezogen werden, denn bei diesen geht es nicht um den Begriffsgegensatz von "Rechtsprechung im materiellen Sinne" und "Verwaltung im materiellen Sinne", sondern um den von "Gerichtsbarkeit" und "Verwaltung im formellen Sinne" (s. oben Kap. 8).

Ein wichtiges Kriterium für die Frage des Rechtshängigkeitseinwandes ist die Möglichkeit von Entscheidungskollisionen. Entscheidungskollision ist wohl dann möglich, wie BETTERMANN hervorhebt, wenn zwei Gerichte streitentscheidend in zwei parallelen Erkenntnisverfahren tätig werden; aber sie ist nicht auf solche Fälle beschränkt. Soll z.B. das Prozessgericht eine Zuständigkeit wahrnehmen, die nicht Streitentscheidung ist, so kann ein Fall des Rechtshängigkeitseinwandes entstehen, wenn vorher das FG-Gericht zum Erlass der gleichen Massnahme angerufen worden ist (vergl. die "prozessrichterliche Vertragshilfe" nach § 11 Abs. 4 VertrHG, § 1382 Abs. 5 BGB n.F.).

Dass eine Entscheidungskollision eintreten kann, hängt also davon ab, dass überhaupt der gleiche Verfahrensgegenstand in den beiden gleichzeitig anhängenden Verfahren vorliegt, nicht davon, ob über diesen gleichen Gegenstand zwei Streitverfahren oder ein Streitverfahren und ein Nichtstreitverfahren anhängig sind. Dies stimmt damit überein, dass für das Vorliegen des Rechtshängigkeitseinwandes, wenn es sich um die gleichzeitige Anhängigkeit zweier Streitverfahren handelt, die Identität des Streitgegenstandes Voraussetzung ist.¹⁾

Wenn BETTERMANN das Kriterium der materiellen Rechtskraft dafür anführt, dass es im Verhältnis zur freiwilligen Gerichtsbarkeit keinen Rechtshängigkeitseinwand geben könne, so wird er dadurch widerlegt, dass es in weiten Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit materielle Rechtskraft gibt²⁾. Überdies gibt es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit noch andere der materiellen Rechtskraft ähnliche Wirkungen, wie die Gestaltungswirkung, die gesetzlich angeordnete "Bindung"³⁾ und auch die Tatbestandswirkung, und will die Klagesperre nicht nur widersprechende Rechtskraftwirkungen, sondern überhaupt widersprechende Entscheidungen verhindern und zudem der unnützen Anrufung der Gerichte steuern.⁴⁾

1) vgl. Rosenberg Lb. § 97 II 3 (S. 462), § 98 II 2 und 3 (S. 464);
Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, S. 123, 137

2) dazu vergl. Baur, Lb. § 25

3) s. Baur Lb. § 2 A IV 3 (S. 25)

4) Baumbach-Lauterbach, § 263 ZPO Anm. 4 A

Wie die Rechtshängigkeit durch Klageerhebung selbst dann begründet wird, wenn die Prozessvoraussetzungen für die Klage fehlen, insbesondere das Gericht unzuständig ist, ¹⁾ so steht dem Prozessverfahren der Rechtshängigkeitseinwand auch entgegen, wenn das FG-Gericht für die Sache eigentlich unzuständig, jedoch das Prozessgericht zuständig ist.

Folglich ist auch die vom Kammergericht in dem Urteil vom 10.2.26 ²⁾ vertretene Auffassung nicht zutreffend: für die Einrede der Rechtshängigkeit ermangle es an der Grundlage, denn "dem Beklagten bieten sich in der Rüge der Unzuständigkeit des Gerichts (oder dem Aussetzungsantrag aus § 77 AufwG) hinreichende Behelfe, der Entscheidung desselben Aufwertungsstreites durch Gericht und Aufwertungsstelle vorzubeugen".

Beide Prozessvoraussetzungen sind unabhängig voneinander; der Einwand der Unzuständigkeit schliesst nicht aus, dass auch der Einwand der Rechtshängigkeit gegeben ist.

Zu Recht hat deshalb das OLG Hamburg im Urteil vom 7.2.40 ³⁾ angenommen, wenn ein Vertragshilfverfahren gem. der VO zur Regelung der Fälligkeit alter Hypotheken vom 22.11.38 anhängig ist, stehe einer Zahlungsklage des Hypothekengläubigers in entsprechender Anwendung des § 263 ZPO die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen. Denn entscheidend sei, dass die Entscheidung des einen Verfahrens die des anderen überflüssig mache. ⁴⁾

Der Einwand der Rechtshängigkeit ist nicht nur im Verfahren vor dem Prozessgericht gegeben, wenn die gleiche Sache bereits vor einem FG-Gericht anhängig ist, sondern auch in dem Verfahren vor dem FG-Gericht, wenn die gleiche Sache bereits vor einem Prozessgericht anhängig ist, nicht anders, als wenn sie bereits vor einem anderen FG-Gericht anhängig ist.

Allerdings ist festzustellen, dass die praktische Auswirkung dieser Frage deswegen gering sein wird, weil für die FG-Gerichte zumeist ausschliessliche Zuständigkeit besteht. Denn wenn zwar der Einwand der Rechtshängigkeit theoretisch auch dann begründet ist, wenn die Klage bei einem unzuständigen Gericht erhoben ist, so entfällt er, sobald der Rechtsstreit an das zuständige Gericht verwiesen oder die Klage wegen Unzuständigkeit des Prozessgerichts abgewiesen ist. - Halten sich beide Gerichte in einer Sache für zuständig, so entsteht aber die Frage, ob das gemeinsame höhere Gericht die Zuständigkeit bestimmen kann.

1) vergl. Rosenberg, Lb. § 97 II 1 c (S. 461)

2) ZZP 51, 114 ff.

3) DR 40, 1379 f.

4) Desgleichen vertritt Keidel, § 31 FGG Anm. 9, die Ansicht, dass im Verhältnis von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit die Rechtshängigkeit zu beachten ist.

3.) Die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das gemeinsame höhere Gericht (§ 36 Ziff. 5, 6 ZPO)

Das im Rechtszuge zunächst höhere Gericht hat das zuständige Gericht zu bestimmen, wenn in einem Rechtsstreit verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben (§ 36 Ziff. 5) oder für unzuständig erklärt haben (§ 36 Ziff. 6). Wenn man in den Gerichten der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit Gerichte des gleichen Rechtszuges, aber mit verschiedener sachlicher Zuständigkeit sieht, macht es jedenfalls keine begrifflichen Schwierigkeiten, diese Vorschriften auf die Zuständigkeitskonflikte zwischen diesen Gerichten zu übertragen. Die Vorschriften dienen dem Zweck, die Zuständigkeitskonflikte innerhalb des Zivilrechtswegs zu lösen, während die Zuständigkeitsbereinigung des ordentlichen Rechtsweges nach "aussen" durch § 17 GVG gegenüber der Verwaltung geregelt wird und Kompetenzkonflikte mit den anderen Rechtswegen durch die Kompetenz-Kompetenz der Rechtswege untereinander vermieden werden (vgl. § 81 BVerwGG, § 28 BritMilRegVO Nr. 165, § 52 SGG, § 48 a ArbGG). Die Bestimmung des zuständigen Gerichtes ist kein Akt der Justizverwaltung; sie ist eine Tätigkeit der Rechtspflege, die allerdings keinen Bestandteil des Verfahrens bildet, für das das Gericht bestimmt wird.¹⁾ Demnach ist nicht die Frage zu stellen, ob etwa die Regeln des Erkenntnisverfahrens oder die der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden seien; vielmehr handelt es sich um ein Verfahren besonderer Art nichtstreitiger Gerichtsbarkeit, für das die Bestimmungen der §§ 36, 37 ZPO gelten.

WIECZOREK²⁾ hält bei Kompetenzkonflikten zwischen Streit- und FG-Gerichten § 36 Ziff. 5, 6 ZPO insoweit nicht für anwendbar, als es der Anwendbarkeit wegen der Zulässigkeit der Abgabe nicht bedürfe (vergl. § 12 LwVG, § 18 HausrVO, § 46 WEG). Er fährt fort: "Soweit zwischen dem Gerichtsweg im Sinne des § 13 GVG und der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine besonderen Regeln gegeben sind und man nicht § 81 BVerwGG (gemeint ist: die daraus zu entnehmende allgemeine Verweisungsmöglichkeit; d. Verf.) entsprechend anwenden will, muss § 36 Ziff. 5, 6 entsprechend gelten."

Die Anwendung des § 36 Ziff. 5, 6 ZPO entfällt aber nicht schon mit dem Vorliegen einer Verweisungs (Abgabe-)möglichkeit, sondern nur, wenn von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht worden ist; denn dann ist der Kompetenzkonflikt erledigt. Verweist das Gericht, an das verwiesen wurde, unzulässigerweise wieder zurück, oder erklärt es sich (unzulässigerweise) für unzuständig, ist § 36 Ziff. 6 ZPO wieder anzuwenden.³⁾

1) Rosenberg, Lb. § 37 I (S. 146)

2) § 36 ZPO Anm. A I b

3) BGH 17, 170; BGH LM Nr. 1 zu § 36 ZPO

Im Zusammenhang mit § 36 Ziff. 5, 6 ZPO kommt es auch nicht darauf an, ob das Verhältnis von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit mehr in der Form einer echten sachlichen Zuständigkeit oder einer nach den Grundsätzen der funktionellen Zuständigkeit abgewandelten sachlichen Zuständigkeit auftritt.

Zwar sagt WIECZOREK ¹⁾, in die Geschäftsverteilung und die funktionelle Zuständigkeit greife § 36 ZPO nicht ein; sich hier ergebende Zweifel seien durch das angerufene Gericht selbst zu klären. -

Offenbar meint er diejenige funktionelle Zuständigkeit, die zwischen Organen des gleichen Gerichtes besteht, etwa zwischen dem Vorsitzenden und dem Kollegium oder zwischen dem Urkundsbeamten bzw. dem Rechtspfleger und dem Richter; denn er fährt fort, ²⁾ auch im Verhältnis einer Verfahrensart zur anderen, z.B. zwischen Prozessgericht und Vollstreckungsgericht sei § 36 ZPO anzuwenden. ROSENBERG ³⁾ nimmt an, dass auf dem Wege des § 36 Ziff. 5, 6 ZPO nur ausnahmsweise funktionelle Zuständigkeit begründet werde, während STEIN - JONASCHÖNKE ⁴⁾ und BAUMBACH-LAUTERBACH ⁵⁾ § 36 Ziff. 5, 6 ZPO auch auf den Konflikt über die funktionelle Zuständigkeit anwenden.

Die Voraussetzung, dass für Prozessgericht und FG-Gericht ein gemeinschaftliches höheres Gericht vorhanden ist, ist stets gegeben, da sie beide Gerichte der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit sind. Dies trifft auch dann zu, wenn für die FG-Gerichte und Streitgerichte in der Stufe des bestimmenden Gerichts verschiedene Besetzung vorgeschrieben sein kann, wie in § 2 LwVG. Die besondere Besetzung ist aber nur für die in § 1 LwVG bezeichneten Verfahren vorgeschrieben; wie oben (S. 119) ausgeführt, ist jedoch die Bestimmung nach § 36 ZPO kein Bestandteil desjenigen Verfahrens, für das das zuständige Gericht bestimmt werden soll, sondern ein besonderes Verfahren. Welche Abteilung des gemeinsamen höheren Gerichts die Bestimmung vornimmt, richtet sich nach der Geschäftsverteilung dieses Gerichts.

1) § 36 ZPO Anm. A III

2) § 36 ZPO Anm. B I b

3) Lb. § 37 I (S. 146)

4) § 36 ZPO Anm. V 3

5) § 36 ZPO Anm. 3 E; wie StJSch a.a.O. unter Hinweis auf RG 85, 132

4.) Die Behandlung der ausschliesslichen Zuständigkeit in der Berufungsinstantz (§ 528 S. 2 ZPO).

Ist bei vermögensrechtlichen Ansprüchen für die Klage ein ausschliesslicher Gerichtsstand (oder die Zuständigkeit eines Arbeitsgerichts) begründet, so darf die Rüge der Unzuständigkeit des Gerichts in der Berufungsinstantz nur erhoben werden, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie ohne ihr Verschulden ausserstande gewesen sei, sie im ersten Rechtszuge vorzubringen, sofern der Beklagte im ersten Rechtszuge zur Hauptsache mündlich verhandelt hat (§ 528 S. 2 ZPO). Wenn das Verhältnis der FG-Gerichte zu den Prozessgerichten als solches der sachlichen Zuständigkeit anzusehen ist, steht grundsätzlich der Anwendung des § 528 ZPO nichts entgegen, denn die Zuständigkeit der FG-Gerichte ist zumeist auch eine ausschliessliche.

Wer dagegen das Verhältnis als solches der Unzulässigkeit des Rechtswegs betrachtet, muss die Anwendung von § 528 ZPO ablehnen. ¹⁾ Das Reichsgericht hat in der oben (S. 113) angeführten Entscheidung, obwohl es von der Unzulässigkeit des Rechtswegs ausging, inkonsequent die Anwendung des § 528 ZPO zugelassen. WIECZOREK ²⁾ hält § 528 ZPO für anwendbar bezüglich aller FG-Verfahren, für welche ein Verweisungs (Abgabe-)verhältnis besteht. Das ist folgerichtig von seinem Standpunkte aus, dass Zuständigkeitsverhältnis bei Verweisungsmöglichkeit vorliege.

Gegen die Anwendung von § 528 ZPO bei ausschliesslicher Zuständigkeit von FG-Gerichten wird der Einwand erhoben, dass unter den in § 528 ZPO genannten ausschliesslichen Gerichtsständen nur solche auf Grund der ZPO und des GVG zu verstehen seien; davon gelte infolge ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung allein für die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte eine Ausnahme. ³⁾

Dem steht aber schon entgegen, dass auch die ausschliessliche Zuständigkeit der Patentgerichte nicht in der ZPO (oder dem GVG), sondern im Patentgesetz (§ 51 Abs. 1) bestimmt ist und dennoch § 528 ZPO hinsichtlich der Zuständigkeit der Patentgerichte anwendbar ist. ⁴⁾

1) so StJSch Anm. III zu § 528 ZPO

2) § 528 ZPO Anm. B I b 2

3) OGHBritZ Urt. vom 19.5.49 (OGHZ 2, 175 ff. 176); im Anschluss hieran OLG Celle Urt. vom 8.1.52 (MDR 52, 359 ff.) mit zustimmender Anm. v. Rötelmann; sämtliche in Bezug auf die Landwirtschaftsgerichte.

4) BGHZ 8, 16 ff. (21); BGHZ 14, 72 ff.

Es ist kein Grund ersichtlich, die Vorschrift nicht anzuwenden, wenn die ausschliessliche Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichts in einem anderen Gesetz ausser ZPO und GVG bestimmt ist; denn der Zweck der Vorschrift, durch das Abschneiden der Rüge der Unzuständigkeit in der zweiten Instanz die Gerichte zu entlasten, trifft auch in diesen Fällen zu.

Das OLG Celle führt in dem Urteil vom 6.11.52 ¹⁾, in dem es § 528 ZPO bei Zuständigkeit der Landwirtschaftsgerichte für nicht anwendbar hält, obwohl es nicht Unzulässigkeit des Rechtswegs, sondern sachliche Unzuständigkeit annimmt, folgendes aus: "Es erscheint ausgeschlossen, nachdem in der ersten Instanz die Zuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts verkannt und demnach ein Verfahren unter Anwendung der Vorschriften der ZPO durchgeführt worden ist, nunmehr nochmals eine in der - grundsätzlich unanwendbaren - ZPO enthaltene Vorschrift anzuwenden, um das fehlerhafte Verfahren erster Instanz unangreifbar zu erklären." Ferner: "Im übrigen musste das Berufungsgericht, sobald es die Eigenschaft der Sache als Landwirtschaftssache erkannt hat, nach den Vorschriften der LVO weiter verfahren, was jedenfalls diesem unlösbare Schwierigkeiten bereiten würde, wenn ein Landgericht mit einer solchen Sache befasst wäre."

Hierin liegt zunächst insofern ein Zirkelschluss, da gerade erst zu beweisen ist, dass das Gericht die ZPO und damit § 528 nicht anwenden dürfe. Jedes, auch ein unzuständiges Gericht hat stets sein eigenes Verfahrensrecht anzuwenden, einschliesslich der die Prozessvoraussetzungen betreffenden Vorschriften, hier also auch einschliesslich des § 528 ZPO. Aus diesem Grunde ist es irrig, dass das Prozessgericht im Falle der Anwendung des § 528 ZPO die Vorschriften des LwVG (früher der LVO) anzuwenden hätte und dass sich daraus Schwierigkeiten ergeben könnten. - Wenn sich erweist, dass § 528 ZPO anwendbar ist, dann wird das Prozessgericht das zuständige Gericht und damit die ZPO das anzuwendende Verfahrensrecht. (Dann findet eine Prüfung der Zuständigkeit von Amts wegen nicht statt (§ 528 Satz 2 Halbs. 2) und damit auch keine amtswegige Abgabe an das Landwirtschaftsgericht nach § 12 Abs. 2 LwVG).

Der ausschlaggebende Grund für die Unanwendbarkeit des § 528 ZPO im Falle der Zuständigkeit der Landwirtschaftsgerichte wird jedoch in den Besonderheiten des landwirtschaftsgerichtlichen Verfahrens gegenüber dem Prozessverfahren gesehen, vor allem in der besonderen Besetzung. RÖTELMANN ²⁾ führt aus: die Landwirtschaftsgerichte seien nach Aufbau und Verfahren den ihnen zugewiesenen Aufgaben besonders angepasst, insbesondere mit sachkundigen Beisitzern ausgestattet. Das lege es nahe, die Möglichkeit, dass vom Gesetz ihnen ausschliesslich zuge-

1) NJW 53, 224

2) In Anm. zu dem Urt. des OLG Celle v. 8.1.52, MDR 52, 369 ff vgl. auch das Urteil des OLG Celle v. 6.11.52 NJW 53, 224 mit Anm. v. Rötelmann

wiesene Sachen dennoch im Einzelfalle ihrer Gerichtsbarkeit entzogen werden, tunlichst auszuschliessen und ihre Zuständigkeit wie bei Unzulässigkeit des Rechtswegs jederzeit von Amts wegen zu beachten.

Aber auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren sind sachkundige Beisitzer beteiligt und dennoch wird ihnen auf Grund des § 528 ZPO die Sache entzogen. Sollte etwa das Gesetz die Beisitzer der Arbeitsgerichte in ihrem Fachgebiet als weniger sachkundig beurteilt haben als die der Landwirtschaftsgerichte? Der Ansicht Rötelmanns und des OLG Celle scheint eine Überbewertung des landwirtschaftsgerichtlichen Verfahrens im Vergleich mit dem ordentlichen Prozessverfahren zugrunde zu liegen. Das landwirtschaftsgerichtliche Verfahren hat dem Zivilprozess keine unverzichtbaren Gerechtigkeitsgarantien oder sonstigen unbedingten Vorzüge voraus. Jedenfalls gibt es keine überragenden Interessen der Parteien und der Allgemeinheit, die die Anwendung dieses besonderen Verfahrens als unbedingt zwingend erscheinen lassen könnte. Die Verschiedenheiten wiegen nicht so schwer, dass der in § 528 ZPO verfolgte Zweck der Rationalisierung der Rechtspflege zurückgedrängt und ein Parteistreit, der schon bis in die Berufungsinstanz getragen worden ist, noch einmal bei dem Landwirtschaftsgericht erster Instanz begonnen werden müsste.

Das unbedingte Bestehen auf der Durchführung des landwirtschaftsgerichtlichen Verfahrens entspringt einem Spaltungsdenken und lässt die Einheit der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit in allen ihren Verfahrensarten aus dem Auge.

§ 528 S. 2 ZPO gilt innerhalb der Landwirtschaftssachen nur für die Parteistreitigkeiten (§ 1 Nr. 1, 5, 6 LwVG), aber nicht für das Verfahren wegen Beanstandung eines Pachtvertrages (§ 1 Nr. 1 LwVG), das Genehmigungsverfahren auf Grund der Vorschriften über die öffentlich-rechtlichen besonderen Beschränkungen im Verkehr mit land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücken (§ 1 Nr. 2 LwVG) und nicht für das Verfahren der Nr. 3 und 4 des § 1 LwVG.

§ 528 S. 2 ZPO ist auch dann nicht anwendbar, wenn der Verfahrensgegenstand nicht der Verfügung der Parteien (Verfahrensbeteiligten) unterliegt. Dies ist der eigentliche Grund dafür, dass nichtvermögensrechtliche Sachen vom Gesetz ausgeschlossen sind.

Die Umstellung eines Grundpfandrechtes ist zwar eine vermögensrechtliche Angelegenheit, aber sie unterliegt nicht der alleinigen Verfügung von Eigentümer und Gläubiger, da zur Eintragung eines höheren Umstellungsverhältnisses als 10 : 1 in dem Grundbuch die Zustimmung des Finanzamts erforderlich ist (§ 5 Abs. 1 Satz 2 40. DVOUmstG). Infolgedessen kann § 528 S. 2 ZPO nicht angewendet werden, wenn ein Rechtsstreit über die Umstellung eines Grundpfandrechtes anstatt beim ausschliesslich zuständigen Umstellungsgericht (§ 6 40. DVOUmstG) bei einem Prozessgericht anhängig gemacht wird. Etwas anderes würde nur dann

gelten, wenn das Finanzamt, das nach § 6 Abs. 1 S. 3 40. DVOUmstG Beteiligter im Umstellungsverfahren ist, zustimmt oder erklärt, dass die Umstellung ohne Einfluss auf die Hypothekengewinnabgabe ist; denn dann sind die Parteien über den Verfahrensgegenstand Verfügungsberechtigt.

ERGEBNIS UND SCHLUSS.

Für die Zuweisung der gerichtsbaren Angelegenheiten nach ihrer Art an die Gerichte stehen drei Möglichkeiten zur Verfügung:

1. an die Gerichte verschiedener Rechtswege,
2. an Gerichte des gleichen Rechtswegs mittels der Zuständigkeitsordnung, sei es der sachlichen, sei es der funktionellen,
3. in verschiedene Verfahrensarten des gleichen Gerichts.

Die Arbeit hatte sich das Ziel gesetzt, zu untersuchen, nach welchem dieser Verteilungsgrundsätze das Verhältnis der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur streitigen Gerichtsbarkeit zu beurteilen ist.

Gegen die Annahme, es handle sich lediglich um verschiedene Verfahrensarten, sprach, dass sie nicht mit der gesetzlichen Behandlung des Verhältnisses als eines verschiedener gerichtlicher Organe übereinstimmt und der eingespielten Rechtsübung widerspricht. Ausserdem wäre sie keine wirkliche Lösung, denn da es für das Verhältnis verschiedener Verfahrensarten desselben Gerichts (abgesehen von Sonderfällen, wie beim Urkundenprozess) keine allgemeinen Regeln gibt, bliebe offen, ob die Vorschriften über die Unzulässigkeit des Rechtswegs oder die sachliche Unzuständigkeit in entsprechender Anwendung herangezogen werden sollen.

Nicht durchführbar erschien es, je nach der besonderen Gestaltung einzelner Verfahren einmal den einen, einmal den anderen der letztgenannten Begriffe vorzuziehen. Da keine deutlich erkennbare Schnittlinie durch den gesamten Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit läuft, würde eine Unklarheit des Systems und Schwierigkeiten in der praktischen Rechtsanwendung die Folge einer solchen Auffassung sein.

Es zeigte sich dann, dass der auf GVG und ZPO beruhende Begriff "Rechtsweg" ein gerichtsverfassungsrechtlicher ist und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegenüber der der Verwaltung besagt, gleichviel welches Verfahren die ordentlichen Gerichte anwenden. Die Annahme, dass die Zuweisung zur freiwilligen Gerichtsbarkeit "Unzulässigkeit des Rechtswegs" bedeute, rührt aus der Zeit vor der Verreichlichung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und ist mit dem Erlass des FGG überholt.

Die Probleme der Verweisung und der Wirksamkeit von Übergriffen, die häufig mit dem Begriff "Unzulässigkeit des Rechtswegs" in Zusammenhang gestellt werden, sind nicht mit diesem Begriff zu lösen und ergeben umgekehrt nichts für seinen Inhalt.

In der neueren Zeit hat sich der Begriff "Rechtsweg" gewandelt. Die freiwillige Gerichtsbarkeit bildet mit der streitigen Gerichtsbarkeit den einheitlichen "Zivilrechtsweg", wobei unmassgeblich ist, inwieweit die freiwillige Gerichtsbarkeit an dem verfassungsrechtlich geschützten Zuständigkeitsbereich der rechtsprechenden Gewalt teilhat.

In den besonderen Berührungsfeldern der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit der streitigen Gerichtsbarkeit erwies sich, dass die Übergänge von ehemaligen Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit in solche der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur als Gestaltwandel innerhalb der Zivilgerichtsbarkeit vor sich gingen, also kein Ausscheiden aus dem Zivilrechtsweg darstellen, und dass sich streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit gegenseitig und zur Einheit ergänzen.

Soweit in anderen Rechtswegen - ausser dem Zivilrechtsweg - nichtstreitige Gerichtsbarkeit vorkommt, fügt sie sich ebenfalls diesen Rechtswegen ein.

Während die Lehre, die die freiwillige Gerichtsbarkeit unter dem Begriff der Rechtswegunzulässigkeit behandelt, nicht selten zu Widersprüchen führt, wird die Annahme eines Zuständigkeitsverhältnisses, das in Richtung auf die funktionelle Zuständigkeit abgewandelt sein kann, allen Konkurrenzfällen begrifflich gerecht und führt zu praktisch erwünschten Ergebnissen. Sie hat auch den Vorteil, dass sie für das Verhältnis von streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit reziprok zutrifft, da sie auch für die Beurteilung der streitigen Gerichtsbarkeit vom Standpunkt der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus gilt. Dagegen hat die herrschende Meinung keine Antwort auf die Frage, aus welchem Grunde das FG-Gericht eine Sache, die vor das Prozessgericht gehört, zurückzuweisen hätte; die sich folgerichtig ergebende Begründung, dass der "Rechtsweg zulässig" sei, passt auf keinen Fall für ein ordentliches Gericht, sondern nur für eine Verwaltungsbehörde, die etwa "den Rechtsweg vorbehalten" oder "die Parteien auf den Rechtsweg verweisen" kann.

L E B E N S L A U F

Als Sohn des Notars Dr. Oskar Weber und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Siegel wurde ich

Helmut Weber, am 27. März 1933 zu Waldmohr, Kreis Kusel, geboren.

Ich besuchte die Oberschule in Forchheim bis zu meiner Reifeprüfung im Jahre 1951. Im Wintersemester des gleichen Jahres begann ich das Rechtsstudium an der Universität Erlangen. Vom Wintersemester 1952/53 an besuchte ich die Universität in München; hier habe ich am 9. September 1955 die 1. Juristische Staatsprüfung abgelegt.

